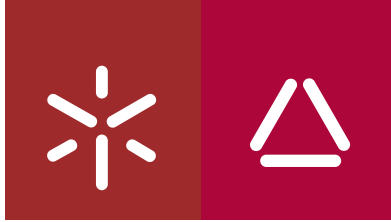


Universidade do Minho
Instituto de Ciências Sociais

João Tiago de Freitas Gouveia

A Justiça Restaurativa como mediador entre o Sistema e o Mundo da Vida habermasiano



Universidade do Minho
Instituto de Ciências Sociais

João Tiago de Freitas Gouveia

A Justiça Restaurativa como mediador entre o Sistema e o Mundo da Vida habermasiano

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Jean-Martin Rabot

Nome

João Tiago de Freitas Gouveia

Endereço electrónico: joao_gouveia_@hotmail.com

Telefone: 914968759

Número de bilhete de identidade: 13051468

Título dissertação

A Justiça Restaurativa como mediador entre o Sistema e o Mundo da Vida habermasiano

Orientador:

Professor Doutor Jean-Martin Rabot

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À minha família e amigos.

Ao Professor Jean-Martin Rabot pela orientação e apoio.

Um especial agradecimento à minha mãe, ao Nuno e à Ana, pelo apoio e incentivo para continuar a escrever.

Ao meu sobrinho Guilherme que, apesar da sua tenra idade, sempre se interessou pela filosofia e me questionou sobre o desenvolvimento da presente dissertação.

Resumo

O crime é um conflito entre vários protagonistas e origina um momento de crise e de fratura que apela por uma reparação. A ação racional da Justiça Restaurativa circunscreve-se num paradigma diferente do da justiça convencional, tanto na forma de olhar o conflito, como na maneira de reparar o mesmo. Os programas de Justiça Restaurativa baseiam-se no diálogo para alcançar um determinado entendimento face a uma situação de conflito. Nesse sentido, tornou-se adequado articular alguns princípios teóricos de Habermas sobre o entendimento racionalmente orientado à Justiça Restaurativa e, por extensão, também à mediação penal, por esta ser a sua manifestação por excelência. Desta maneira, parte-se do pressuposto de que alguns conceitos de Habermas, como os de *Mundo da Vida* e de *Sistema*, podem ser operativos no contexto da Justiça Restaurativa, e ao mesmo tempo ir ao encontro das finalidades da pena do sistema penal português.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa, Teoria da Ação Comunicativa, Mediação penal, Mundo de Vida, Sistema.

Abstract

Crime is a conflict between various parties, resulting in a crisis that needs to be repaired. The rationale behind Restorative Justice relates to a paradigm different from that of conventional justice, both in the way of looking at the conflict, and in the way of repairing it. Crime is a conflict between various parties, resulting in a crisis that needs to be repaired. The rationale behind Restorative Justice relates to a paradigm different from that of conventional justice, both in the way of looking at the conflict, and in the way of repairing it. Restorative justice programs are based on dialogue in order to achieve some sort of understanding before a conflict situation. In this respect, it is appropriate to articulate some of Habermas's theoretical framework about the rationally oriented understanding since restorative justice implies also the victim-offender mediation which is its expression par excellence. Thus, it is taken for granted that some of the concepts developed by Habermas (e.g. Lifeworld and System) can be operative in the context of restorative justice whilst allowing the ends of the portuguese criminal system.

Key words: Restorative Justice, Theory of Action Communication, Victim-offender mediation, Lifeworld, System.

ÍNDICE

Agradecimentos	iii
Resumo	v
Abstract	vii
 INTRODUÇÃO	 11
 CAPÍTULO I – JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITUALIZAÇÕES	 13
1.Contextualização: Habermas, linguagem e Justiça Restaurativa	13
1.1. Sumário e conclusões	17
2. Justiça como equidade e consenso	19
2.1. Sumário e conclusões	23
3. Justiça Restaurativa: delimitação do conceito e considerações amplas	25
3.1. Sumário e conclusões	31
4. A Racionalidade na Justiça Restaurativa: cruzamento com Habermas	33
4.1. Sumário e conclusões	37
 CAPÍTULO II – JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL	 39
1. Mediação como <i>maiêutica</i> entre partes	39
1.1. Sumário e conclusões	45
2. Nota sobre a mediação pré-sentencial em Portugal	47
2.1. Sumário e conclusões	49
3. Justiça Restaurativa e prevenção especial positiva	51
3.1. Sumário e conclusões	55
4. Nota sobre mediação pós-sentencial e mediação penitenciária	57
4.1. Sumário e conclusões	63

CAPÍTULO III – JUSTIÇA RESTAURATIVA NA PERSPETIVA DE HABERMAS	65
1. Nota introdutória à Filosofia de Habermas	65
1.1. Sumário e conclusões	67
2. Motivações epistemológicas habermasianas	69
2.1. Sumário e conclusões	73
3. O Interesse Habermasiano	75
3.1 Sumário e conclusões	77
4. A Teoria da Ação Comunicativa	79
4.1. Sumário e conclusões	85
5. O Sistema e o Mundo da Vida	87
5.1. Sumário e conclusões	89
CONCLUSÃO	91
Algumas questões para desenvolvimento futuro	95
Bibliografia	97

INTRODUÇÃO

Tema

A presente dissertação é sobre a Justiça Restaurativa e a adequação de conceitos habermasianos à sua compreensão em termos epistemológicos e analíticos. Optou-se por esta articulação ao partir do pressuposto de que o discurso de Habermas, sobre o entendimento racionalmente orientado como função e progresso da sociedade, se articula perfeitamente como corolário lógico de uma forma de justiça centrada no diálogo e no consenso dos seus participantes. Partindo desta premissa inicial, fundamenta-se aqui uma Justiça Restaurativa mediadora entre o *Mundo do Sistema* e o *Mundo da Vida*, pelo que este trabalho apresente também uma proposta de definição de Justiça Restaurativa e, por extensão, igualmente de mediação penal.

Método

O trabalho parte de uma pesquisa bibliográfica sobre Justiça Restaurativa, e da análise das suas possíveis definições. A partir das descobertas efectuadas, tentou-se essencialmente compreender a sua origem, e significado que pode assumir do ponto de vista do sistema de justiça tradicional. A conceptualização sobre *Justiça Restaurativa* e *mediação penal* levou-nos irremediavelmente à problemática da teoria dos fins das penas e, nesse sentido, tornou-se interessante descobrir alguns artigos científicos que interrogam a eficácia de programas de Justiça Restaurativa relativamente à prevenção especial positiva. Esta ligação permitiu orientar o trabalho no sentido da justificação da capacidade da Justiça Restaurativa poder satisfazer ideários do próprio sistema penal, apesar de se orientar por uma concepção diferente de justiça e de crime. A partir deste ponto, começou-se a construir uma base teórica com recurso a uma revisão da literatura da filosofia de Habermas. A adaptação dos seus conceitos à dinâmica do processo restaurativo foi desenvolvida silogisticamente e com o intuito de propor uma definição de Justiça Restaurativa enfatizada no processo de entendimento entre as partes envolvidas num determinado conflito criminal.

Estrutura da argumentação

Numa primeira parte debruçar-nos-emos sobre uma curta conceptualização de um *dever ser* de Justiça, que pode ser articulado com a própria substância e racionalidade da Justiça Restaurativa, e que, por sua vez, se adequa à própria concepção de Habermas sobre Justiça. Ulteriormente passaremos então a apresentar com maior rigor as definições possíveis de Justiça Restaurativa, e da sua manifestação por excelência; a mediação penal. Neste sentido também daremos nota das suas manifestações em Portugal, e da sua relação com as exigências-preventivas. Neste processo, tentaremos, sempre que se justifique, tecer paralelismos com os conceitos chave da Filosofia habermasiana, que será desenvolvida mais à frente. Procuramos assim *conversar* a racionalidade imanente da Justiça Restaurativa com a filosofia de Habermas, a fim de estabelecer uma espécie de consenso epistemológico. Finalmente, partindo de uma definição centrada no processo, será questionada a possibilidade da Justiça Restaurativa estabelecer uma legitimação teórica tendo como base os conceitos de *Mundo de Vida* e de *Mundo do Sistema*, habermasianos.

CAPÍTULO I – JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITUALIZAÇÕES

1. Contextualização: Habermas, linguagem e Justiça Restaurativa

Habermas propõe a ideia de que a democracia¹ se deve fundar no entendimento entre as pessoas, sendo que esse entendimento só é possível se cada ser humano estiver disponível para ouvir e entender o outro. Para tal, deve ser o mais honesto possível no processo dialógico. No entanto, sabe-se que o ser humano não é honesto em todas as discussões, mas é precisamente por isso que Habermas propõe determinados modos para colmatar essa mesma natureza. Esses modos devem ser obtidos pela única via comum a todos os seres humanos: a razão ou, se quisermos, a racionalidade. Todos nós somos capazes de discutir racionalmente qualquer assunto e, para o efeito, devemos abandonar o mais possível as *paixões* ou emoções. Contudo, também sabemos que é quase impossível discutir apenas racionalmente, especialmente quando estamos a lidar com conflitos que nos afligem diretamente, como é o caso da maioria dos crimes. Mas é justamente este objetivo, quase utópico, que segundo Habermas deve ser considerado numa discussão democrática; desde o entendimento entre países, até ao entendimento entre pessoas. Quando a discussão é passional, seja entre pessoas ou instituições, não existe qualquer acordo ou consenso; a tendência é que os argumentos se tornem cada vez menos racionais até à rutura entre os seus participantes. No caso dos países, isso pode significar uma guerra, no caso dos relacionamentos interpessoais, pode representar o fim da relação, e no caso de uma mediação penal, designa a impossibilidade de um acordo. Deste modo, segundo Habermas, em primeiro lugar a discussão só será possível

1 A ideia de democracia habermasiana designa uma complementação entre o exercício de poder representativo e movimentos sociais, que permitam alcançar um quadro normativo para a realização de atividades burocráticas e técnicas. Como explica LENO, Danner em “Habermas e a ideia de continuidade reflexiva do projecto de Estado de bem-estar social”, *Análise Social*, XLIX, N.º 212, 2014, p. 570, “(...) Habermas quer enfatizar o facto de que as instituições não são suficientes para garantir a efetividade da democracia, necessitando das vozes das ruas, dos movimentos sociais e das iniciativas cidadãs; além disso, também quer enfatizar a ideia de que as instituições e os partidos políticos não são independentes em relação à sociedade civil, de modo que os movimentos sociais e as iniciativas cidadãs possibilitariam essa ligação entre as instituições e a sociedade civil. (...) O ideal de democracia radical significa, em Habermas, a extensão gradativa dos procedimentos democráticos para todos os âmbitos da sociedade, desde a política à cultura, passando pela economia (...)”

se existir igualdade entre as pessoas. Caso uma das partes tenha maior poder do que a outra não existirá um diálogo, mas antes uma imposição. Em segundo lugar, convém que os argumentos utilizados sejam de alguma maneira aceites por ambas as partes. Pensar que é possível alcançar um entendimento não significa dizer que há uma fórmula concreta de o alcançar, mas sim de que pode haver alguma esperança no entendimento entre as pessoas.

Foi precisamente na esperança num novo ideal de Justiça, que a Justiça Restaurativa se aflorou e surgiu como movimento – de acreditar que em certas situações, era possível praticar uma justiça capaz de reparar e ao mesmo tempo ser diferente dos ideais punitivo-retributivos.

A Teoria da Ação Comunicativa² (*Theorie des Kommunikativen Handelns*) de Habermas designa a interação de pelo menos dois sujeitos, capazes de falar e agir racionalmente entre si. Os seus participantes devem procurar uma compreensão mútua sobre uma determinada situação, a fim de coordenar consensualmente os seus planos de ação³. Se o imperativo kantiano postulava que deveríamos agir de modo a que a nossa ação fosse regida por um princípio universalizável a todos os seres racionais, a versão habermasiana reformulara-o para uma ação que seja regida por um princípio obtido pelo consenso intersubjetivo; consenso cujas condições de possibilidades estariam inscritas na ação comunicacional⁴. Isto significa, segundo o autor, que as asserções só serão válidas se contarem com o assentimento de todos os seres racionais afetados por uma determinada situação. No plano da Justiça, o mesmo é dizer que a produção de normas, e a sua subsequente validade, depende do convencimento de cada um dos seus destinatários⁵; por exemplo, num plano mais geral, naquilo a que deve ser considerado como crime ou não. Após a prática de um crime os programas de Justiça Restaurativa,

² Propunha procurar os pressupostos e os fundamentos de toda a discussão realizada na esfera pública, no que diz respeito ao funcionamento das instituições democráticas modernas. Cf. COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine, “Filosofia política: poder e democracia”, *História da Filosofia Sob a Direcção de Jean-François Pradeau*, Lisboa, D.Quixote, 2010, p. 613.

³ A filosofia habermasiana é idónea à fundamentação da Justiça Restaurativa e como tal, parafraseamos o próprio Habermas: “(...) A teoria da ação comunicativa designa a interação de, pelo menos, dois sujeitos, capazes de falar e agir, que implicam uma relação interpessoal. Nesse sentido, os seus preconizadores procuram uma compreensão mútua (*verständigung*) sobre uma situação de ação, a fim de coordenar consensualmente (*einvernehmlich*) os seus planos de ação” (...). Ora, isto não é nada mais do que o próprio alcance dos programas da JR. Daí que faça todo o sentido refletirmos sobre o significado deste constructo filosófico e sociológico em sede de JR. Cf. HABERMAS citado por PEREIRA COUTINHO, Maria de Sousa, *Racionalidade Comunicativa e Desenvolvimento Humano em Jürgen Habermas*, Edições Colibri, Lisboa, 2002, p.165.

⁴ Cf. MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém de Habermas Face a Derrida”, *Trabalhos de Antropologia e Emologia*, vol.39 (1-2), 1999, p.18.

⁵ Cf. SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, 1.ªed, Coimbra editora, Coimbra, 2014, p. 228.

especialmente em sede de mediação penal, têm procurado mitigar a tensão que o conflito originou e desta forma contribuir para uma maior democratização da justiça, através do diálogo e consenso entre as partes. Esse consenso emerge de uma comunicação que se realiza através da linguagem. É a partir da língua que as diferentes comunidades concretizam a faculdade eminentemente humana, que é a linguagem, e por conseguinte comunicam. Constituída por um conjunto de signos, a língua assume diversas expressões nas diferentes culturas e é aprendida no processo de socialização, onde os seres humanos interpretam, explicam e compreendem a sua própria experiência. Para existir comunicação têm de estar presentes três elementos essenciais: (1) o emissor, (2) o conteúdo da comunicação (mensagem), traduzido num conjunto de sinais com significado, e (3) o recetor e vice-versa. Todos nós somos simultaneamente emissores e recetores de mensagens⁶ perante objetos. Os objetos podem ser qualquer coisa de que se fala, designadamente um conflito originário por um crime. Para que qualquer comunicação seja considerada eficaz, é necessário que o código utilizado pelo emissor seja decodificado pelo recetor, pois só desta maneira é possível reter o significado da ideia comunicada. Porém, sabe-se, que podem existir várias distorções ou perturbações neste processo⁷, como a pronúncia incorreta das palavras ou outras barreiras mais substantivas, como preconceitos, interesses individuais, ou até mesmo o da recusa em aceitar uma opinião contrária. Em sede de Justiça Restaurativa, as diferenças de atitudes, valores, crenças e expectativas da vítima e do agressor, podem constituir um grande obstáculo à comunicação e, consequentemente, contaminar por completo o objetivo dos participantes alcançarem um consenso. Por isso, é importante que ambos verifiquem se a mensagem foi corretamente recebida através do que chamamos de *feedback*⁸. Neste trabalho, deduz-se

⁶ As mensagens podem exprimir posturas, gestos, silêncios e como tal, serem providas de conteúdo não-verbal, contudo têm à mesma uma dimensão fortemente comunicativa e nutridas de significados. Em sede de Justiça Restaurativa, mais propriamente na mediação penal, qualquer tipo de mensagem é fortemente marcante na medida em que será decisiva para a emergência de consenso por parte da vítima e do ofensor. Sobre o esquema clássico da teoria das comunicações Cf. PIERRE, Guiraud, “A Semiologia”, *Biblioteca das Ciências Humanas*, Lisboa, Editorial Presença, n.º24, 1973, p.13 e s.

⁷ A comunicação quotidiana é quase sempre distorcida, isto verifica-se de várias maneiras. O indivíduo pode seguir regras que se desviam dos padrões convencionais ou ainda pode seguir padrões de comportamento repetidos. Pode haver também níveis diferentes de comunicação entre a nossa identidade e o nosso inconsciente reprimido, ou seja, entre a nossa motivação interior oculta e as intuições que podemos identificar e exprimir publicamente pela linguagem.

⁸ Para Habermas, apesar de todas as nossas dificuldades, temos conseguido criar ciências e soluções que têm sido apenas possíveis graças à linguagem, ao trabalho e à interação. Pois, é a partir deles que a sociedade se afirma e reproduz. A linguagem traz consigo a possibilidade de uma crítica para aquilo que existe. Portanto, à própria possibilidade da mudança histórica. Sobre a questão da linguagem e a mente, vide CHOMSKY, Noam, *A Linguagem e a Mente em Novas Perspectivas Linguísticas*, Petrópolis, Editora Vozes, 1973, pp. 29 e ss e SCHAFT A., *Langage et Connaissance*, Paris, Seuil, 1969, pp.194 e ss.

que uma dinâmica mais próxima do Mundo da Vida (*Lebenswelt*) habermasiano das partes, ou melhor, dos atores sociais, pode contribuir para um *feedback* mais assertivo e consequentemente mais eficaz na busca pelo entendimento, quanto mais próximo estiver de uma ética do discurso. O Mundo da Vida contrapõe-se ao Sistema ou, se quisermos, ao Mundo do Sistema, como veremos mais detalhadamente no decorrer deste trabalho. Contudo, podemos já adiantar que o Sistema visa uma racionalidade instrumental, ou seja, busca os meios para atingir os fins. Aqui, entende-se por Sistema as próprias finalidades das penas. Já o Mundo da Vida tem como objetivo o entendimento e orienta-se por uma racionalidade comunicativa, que é a interação linguisticamente mediada. Esta orientação, possibilita pensar e analisar as relações sociais quotidianas, caracterizando-se desta forma como uma ação com base no entendimento mútuo. Podemos dizer que procura o bem-estar de cada um e de todos mesmo aquando de um conflito. Deduz-se que a Justiça Restaurativa, especialmente em sede de mediação penal, aproxima-se de uma conceção intermediária, entre o Mundo do Sistema e o Mundo da Vida, uma vez que, por um lado orienta-se por fazer cumprir as exigências de prevenção geral e especial positiva, atinentes ao próprio sistema penal, donde se aflora; e, porém, por outro, rege-se por um fundamento diferente, ao orientar-se por uma racionalidade comunicativa que é a sua própria essência. Assim sendo, a Justiça Restaurativa apresenta-se como mediadora e ao mesmo tempo conciliadora entre o Sistema e o Mundo da Vida. Por outras palavras, não deixa que o sistema bloqueie a dinâmica de uma orientação comunicativa entre as partes, mas também que essa comunicação não contamine os interesses universalizáveis de Justiça, como a dignidade da pessoa humana. Estes dois mundos interpenetram-se e dependem, em princípio, um do outro.

1.2. Sumário e conclusões

Para Habermas o entendimento surge como finalidade da racionalidade e deve servir para fundamentar um determinado tipo de democracia.

Devido às várias distorções que podem existir no processo dialógico, e consequentemente na linguagem, quer por parte do recetor, quer pelo emissor, nem sempre é possível alcançar um consenso. Nos diversos programas de Justiça Restaurativa isso é ainda mais evidente, até porque estamos lidar com conflitos que têm um grande impacto emocional em ambas as partes. Deduz-se que uma racionalidade comunicativa pode mitigar e desconstruir esse mesmo impacto, através de uma ética de discurso com enfoque no Mundo da Vida dos seus participantes, mas que ao mesmo tempo, articule as exigências preventivas do Sistema penal. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa, especialmente em forma de mediação penal, torna-se um mediador informal entre o Mundo de Vida e o Sistema habermasiano, ou, por outras palavras, um mediador entre a intersubjetividade e os princípios universalizáveis.

2. Justiça como equidade e consenso

Antes de passarmos à conceptualização de Justiça Restaurativa, é importante refletir um pouco sobre a concepção de justiça rawlsiana. Desde logo, porque consegue ser uma ponte idónea à reflexão aqui em causa, que é também uma reflexão sobre um dever ser de justiça e consequentemente, também sobre um tipo de contrato social. Habermas partilha com John Rawls a importância do consenso na emergência de uma sociedade mais justa, e por conseguinte também mais democrata⁹.

O pensamento de Rawls visa fundamentar a base de uma sociedade mais livre e justa. Para tal, é central perceber como se devem distribuir os bens e os direitos entre as pessoas. Mas como distribuir de forma justa? Para Rawls, a resposta vai depender sempre do interesse de quem a responde; isto é, ele entende que cada um vai querer favorecer os seus próprios interesses e construir assim uma resposta com base numa concepção de justiça utilitarista. Segundo o autor, não é possível formular leis imparciais e justas a partir de pessoas que já ocupam uma posição definida na sociedade. Assim, para fazer emergir os princípios justos, essas mesmas pessoas devem *desocupar* essa posição e ocupar, nos termos rawlsianos, uma posição originária. Esta posição é caracterizada por ser desinteressada, uma vez que neste contexto o indivíduo está coberto por um véu de ignorância – conceito este que Rawls utiliza para definir o desconhecimento face à posição que cada membro ocupa, ou ocupará, na sociedade. Podemos considerar que é uma metáfora para explicar, que quando o indivíduo não sabe nada acerca do seu papel social vai ser imparcial e apto a formular regras universais justas para todos. Como é que o ser humano e as instituições em geral podem alcançar essa posição originária, a fim de construírem uma sociedade mais justa? Através do consenso. O consenso desconstrói a metáfora e torna estes conceitos reais. Pois, concordando com isso (isto é, de que quando os sujeitos não sabem nada acerca do seu papel social, vão ser mais justos e imparciais), os indivíduos vão chegar a duas conclusões fundamentais, e são precisamente estas que devem nortear as tomadas de

⁹ As relações entre sujeitos são sempre filtradas por uma cultura de linguagem e comunicação. É a intersubjetividade, enquanto processo recíproco de socialização e de individualização que, integrando linguagem e ação, permite o consenso. Habermas funda uma Teoria Crítica da Sociedade, destacando o consenso, como teremos oportunidade de ver neste trabalho.

decisão das instâncias formais de controlo social. Em primeiro lugar, todos nós devemos ter a mesma liberdade. A liberdade deve ser igual para todos, assim como devemos ter os mesmos direitos fundamentais. Enfim, os mesmos direitos civis e políticos, que são os denominados direitos humanos de primeira geração¹⁰. Em segundo lugar, as desigualdades económicas são legítimas e justas. Todos nós somos diferentes e consequentemente com potencialidades diferentes, mas só se tivermos a mesma igualdade de oportunidades é que a desigualdade se torna justa. São os direitos civis e políticos que vão legitimar esta mesma igualdade de oportunidades para todos nós, e nesse sentido distribuir os bens dentro da sociedade; isto é, os direitos económicos, sociais e culturais, ou direitos de segunda geração. Assim, a desigualdade económica e social só é justa, se todos os indivíduos tiverem, num determinado contexto, a mesma igualdade de oportunidades.

Posto isto, o consenso sobre tais princípios de justiça permite uma maior liberdade e igualdade entre as pessoas de uma determinada comunidade. Desta forma, as relações intersubjetivas em sentido amplo (englobando aqui também as instituições civis), terão um grande impacto na difusão de tais princípios, porque são as primeiras a definir e vincular publicamente os mesmos – o consenso deve ser orientado racionalmente, mas essa orientação tem que estar fundamentada em princípios universais de justiça, por isso é que as primeiras figuras a ter isso em consideração devem ser as instituições civis. Apesar de partir de uma ideia universal de justiça, para Rawls ela ganha ulteriormente outro significado com o tipo de sociedade que ele próprio vai definir, a sociedade que concordou em universalizar essa mesma ideia, porque foi capaz de se colocar na posição originária, ou seja, numa posição sem interesse. Assim, justiça é definida como equidade, em todo o caso uma equidade *desinteressada*, na medida em que deve negar os interesses pessoais de cada um na formação da natureza dos princípios fundamentais de justiça sobre liberdade e igualdade. Em termos epistemológicos, é evidente que estes princípios de Justiça coadunam-se com os imperativos categóricos e de autonomia de Kant. Muito superficialmente podemos dizer, nesse sentido, que estes princípios são morais, e que cada membro da sociedade tem o encargo de agir em conformidade com o *dever ser* absolutamente universal e necessário, neste caso para a melhor convivência possível. Ora, este *dever ser* fundando no consenso, encontra o seu fundamento na máxima da igualdade e liberdade universal para todos os cidadãos. A partir deste

¹⁰ Sobre os direitos de primeira e segunda geração, Cf. GUERRA MARTINS, Ana Maria, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2006, p.85.

encontro inicial, quanto aos princípios fundamentais de justiça, a sociedade estaria mais capaz de, através da interação, alcançar soluções equitativas para os seus problemas e conflitos, dando origem ao que Rawls chama de sociedade bem ordenada, que é uma sociedade de consenso face aos princípios fundamentais de justiça, veiculados nas próprias instituições e equitativa face às relações entre as pessoas. Para o efeito, Rawls sugere ainda um certo *intuicionismo* subjetivo, capaz de favorecer o exercício heurístico dos princípios de liberdade e igualdade universalizáveis.

Fazendo um paralelismo com Habermas, o mais importante a ter em consideração, presumimos, e uma vez que estamos também situados no âmbito da Justiça Restaurativa, é pensar que a esta ideia de justiça como equidade de Rawls, permite que pensemos além dos interesses e objetivos individuais. Quando procuramos soluções ou acordos, por outras palavras, zonas de consenso, deve-se partilhar um acordo prévio quanto a determinados princípios fundamentais, a fim de facilitar todo o processo dialógico posterior. Isto significa, sobretudo em sede de mediação penal, que a intersubjetividade deve ser mediada pelo reconhecimento dos direitos, liberdades e garantias do outro no Sistema. Como veremos, segundo Habermas, as nossas ações devem ser orientadas por uma racionalidade comunicativa¹¹, porque é através dela que alcançamos justamente o consenso.

¹¹ A racionalidade da ação comunicacional contrapõe-se à racionalidade da ação estratégica ou instrumental. Esta última baseia-se nos interesses comuns e num cálculo adequado às possibilidades de êxito em atingir um resultado. Deste modo, as ações estratégicas têm como característica fundamental alcançar um objetivo individual, não surgindo do entendimento intersubjetivo, senão do próprio fim em si mesmo.

2.1. Sumário e conclusões

A justiça rawlsiana designa a concordância quanto ao uso de dois princípios fundamentais: a liberdade e a igualdade. Para tal, seria necessário que todos os seres humanos concordassem de forma desinteressada, ou seja, que não definissem justiça consoante os seus próprios interesses. Metaforicamente, esse estado ideal, seria estarem numa posição originária e sob um respetivo véu de ignorância. Contudo, ainda assim, é possível alcançar esse mesmo estado ideal, e a partir daí construir um mundo mais justo. Como? Justamente, através do consenso quanto à legitimidade de uma ação de Justiça a partir do bem comum, ou, se quisermos, utilizando uma linguagem mais habermasiana, do Mundo da Vida de cada um nós: sem interesses individuais subjacentes (Mundo do Sistema). Desta maneira, essa posição ideal é no fundo o *background* ou um imperativo universal de *dever ser*, a partir do qual a justiça presentifica-se e age.

No âmbito da Justiça Restaurativa, a ideia de justiça como equidade permite olhar o acordo das partes como um consenso, cuja síntese está entre o reconhecimento, quanto ao *background* de *dever ser* (direitos fundamentais, exigências preventivas) e a intersubjetividade do Mundo da Vida das partes. Assim, a Justiça Restaurativa é também uma justiça com equidade.

3. Justiça Restaurativa: delimitação do conceito e considerações amplas

O termo Justiça Restaurativa (doravante JR) foi provavelmente cunhado pela primeira vez por Eglash em 1977¹² e designa um movimento social¹³ de paradigma teórico, que pode ser suportado e legitimado por diversas filosofias, designadamente ao que aqui nos prende, a da Ação Comunicativa de Habermas. Todavia o seu fundamento é anterior, suportado por um novo esquema de pensamento iniciado nos anos 60 do século passado concernente à conceção de crime e de justiça, inegavelmente alicerçado pela criminologia crítica, ou nova criminologia¹⁴, e também pela emergência da vitimologia¹⁵ enquanto ciência autónoma¹⁶. Em causa esteve sobretudo a dúvida da eficácia da Justiça Tradicional ou Retributiva¹⁷.

A fim de facilitar a clarificação que se pode fazer entre os dois tipos de justiça, JR e justiça tradicional, passamos então a dividi-las tendo em conta determinadas variáveis. Esta divisão não significa contudo que ambas não possam ter interesses semelhantes e, como tal, orientações e finalidades últimas parecidas e portanto conciliáveis. Podem, desta maneira, não raras vezes se complementar, como acontece exatamente no sistema penal português, onde a mediação penal – um dos vértices da JR –, substituí em certas situações os trâmites clássicos de um processo penal, e nesse sentido complementa subsidiariamente a nossa justiça penal, ainda que subordinada aos interesses primeiros daquela.

¹² GRAVRIELIDES, Theo, “Restorative Justice – The perplexing Concept: Conceptual fault-lines and power battles within the restorative justice movement”, *Criminology e Criminal Justice*, Sage publications, vol.8, 2008, p.167.

¹³ Segundo BRAITHWAITE, John, “Restorative Justice and a Better Future”, *A Restorative Justice Reader*, Ed. Gerry Johnstone, Devon: Willan Publishing, 2003, p.90, a Justiça Restaurativa deve ser encarada como um movimento social culturalmente diversificado e nesse sentido orientar uma vasta pluralidade de estratégias no seguimento da reparação do conflito.

¹⁴ Sobre a contextualização e fundamentação dos conceitos, vide FIGUEIREDO DIAS, Jorge, COSTA ANDRADE, Manuel, *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 2.ª reimpressão, Coimbra Editoria, Coimbra, 1997, pp.41 e ss., e CUSSON, Maurice, *Criminologia*, 2.ª ed, Casa das Letras, Lisboa, 2002, pp 94 e ss.

¹⁵ Sobre a emergência da vitimologia, cf. NEVES, Sofia, FÁVERO, Marisalva, “A Vitimologia e os seus percursos históricos, teóricos e epistemológicos” em *Vitimologia Ciência e activismo*, Almedina, Coimbra, 2010, pp.13 e ss.

¹⁶ Na mesma linha SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adulto” em Portugal”, *Revista Portuguesa de ciências criminal*, Ano 16, N.º1, 2006, pp. 85 e s.

¹⁷ Quando se fala em justiça retributiva no âmbito da justiça restaurativa estamos a referir-nos à finalidade da justiça penal tradicional, perguntando se a aplicação da pena, por exemplo, cumpre com a sua real finalidade. Portanto, não confundamos aqui justiça retributiva com teoria absoluta do fim das penas. Cf. LÁZARO, João, MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça Restaurativa e mediação”, *Sub Judic*, Out-Dez, 2006, p. 65.

Por força do princípio da legalidade¹⁸, o crime, na aceção clássica ou tradicional, é sobretudo uma violação à lei e aos subsequentes bens-jurídicos que esta protege, já na conceção da JR, este, antes de mais, é um atentado às relações humanas e sociais. Daqui resulta o enfoque eminentemente subjetivo e intersubjetivo que a JR atribui ao conflito¹⁹. A vítima também assume aqui um papel diferente, não sendo encarada como um sujeito processual vinculado a uma justiça *vertical* e formalista, mas antes como uma *personagem* mais participativa e ativa, vinculada a uma justiça mais informal e *horizontal*. Neste cenário, a vítima passa a representar uma pessoa e não apenas um papel oficial atribuído pelo sistema penal. Este maior poder de participação é igualmente dirigido ao ofensor como também à comunidade. Ao ofensor com vista a conferir-lhe uma responsabilização mais ativa para com o seu ato, ao mesmo tempo que advoga uma maior democratização de todo o processo com a intervenção da comunidade. Na justiça tradicional, existe um maior foco na punição do agente do que na ideia de uma aprendizagem com o crime, como advoga um dos principais ideários da JR. Neste sentido, a JR acaba por defender um diálogo que se constrói mais para o futuro das partes do que para o passado. No que diz respeito à culpa, a culpa penal implica uma demonstração de responsabilidade através do processo, contudo isso não significa necessariamente o reconhecimento da mesma pelo próprio agente do crime. Já a culpa, digamos, restaurativa, é aquela que o próprio agente reconhece como sua, não se exigindo o convencimento de todos os outros relativamente a essa responsabilidade²⁰. Este questionamento acerca da eficácia da justiça tradicional pode ser enquadrado numa visão abolicionista da mesma²¹, ainda hoje veiculado no seio da JR. Desde logo, porque, como vimos, com a JR o crime passou a ser encarado não como um conflito *solipsista*, entre Estado e indivíduo, mas antes como um conflito dinâmico e interpessoal entre partes, cujo Estado, exercitado pelas instâncias (in)formais de controlo e representado pela comunidade, deve facilitar de modo a obter a pacificação social, acrescentando-se também ao caso, a pacificação *privada* entre vítima e o agressor. Relativamente a este contraste, entre JR e justiça retributiva, Zehr refere que a justiça retributiva “(...) is a

¹⁸ Sobre este princípio no nosso ordenamento jurídico, cf. ADÉRITO TEIXEIRA, Carlos, *Princípio da Oportunidade:*

Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 48 e ss.

¹⁹ Segundo SANTOS, a vertente subjetiva diz respeito à forma como cada indivíduo sente a sua intervenção na situação conflituosa, ao passo que a intersubjetiva atribui relevo ao aspeto relacional entre os vários intervenientes. Cf. SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, 1.ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p.171.

²⁰ Cf. nota de rodapé em SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa...*, *Op. Cit.*, p.232.

²¹ GRAVRIELIDES, Theo, *Op. Cit.*, p. 167

violation of the state (...) defined by lawbreaking and guilt. Justice determines blame and administers pain in a contest the offender and the state directed by systematic rules (...). Restorative justice sees things differently (...) Crime is a violation of people and relationships (...) it creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance (...)”²². No mesmo sentido, entre nós, Lamas Leite, refere que a JR “(...) encara o crime de um modo diverso (...) daquele com que o veem o Direito Penal e o Processo Penal, (...) o delito (...)” na perspectiva do movimento da JR “(...) é uma perturbação das relações humanas, ao passo que o olhar ‘clássico’ (só) enxerga uma vulneração de interesses estatais (...)”²³. Daqui resulta, no sentido imanente da própria JR, uma maior ênfase no restabelecimento dos laços através do consenso e consequentemente de acordo com os protagonistas do conflito²⁴, pois existe, desde logo, um elo de proximidade entre a própria conceção de crime e, por seu turno, o procedimento em si, também ele suportado no aspeto intersubjetivo. Relativamente a uma definição de JR centrada no procedimento, Marshall define JR como um processo segundo o qual as partes envolvidas num dado crime, portanto, com interesse numa ofensa específica, se encontram para decidir conjuntamente a melhor forma de lidar com as consequências do crime e as suas implicações para o futuro. Esta definição traduz uma perspectiva minimalista, pois restringe-se ao processo; a melhor forma de lidar com as consequências do crime e as suas implicações para o futuro²⁵, não remetendo necessariamente para uma reparação concreta (*restorative outcome*). Traduz o que passamos a denominar como uma ação orientada racionalmente para o entendimento através da comunicação intersubjetiva. É o que Habermas chamaria de uma ação comunicativa patente numa racionalidade também ela comunicativa que, contrariamente a uma racionalidade instrumental, radica num discurso com vista ao entendimento e não ao pré-acordo. Outros autores, nomeadamente Bazemore e

²² ZEHR, citado por NESS, MORRIS e MAXWELL, “Introducing Restorative Justice”, *Restorative Justice for Juveniles, Conferencing, Mediation and Circles*, edited by Allison Morris e Gabrielle Maxwell, Hart Publishing, Oregon, 2001, p. 3. No mesmo sentido Cf. também MORRIS, “Critiquing the critics, Brief Response to Critics of Restorative Justice”, *Brit. J. Criminol.*, 42, 2002, p. 598 e UMBREIT, COATES e VOS, Betty, “Restorative Justice Dialogue: A Multi-Dimensional, Evidence-Based Practice Theory”, *Contemporary Justice Review*, Vol.10, n.º1, 2007, p. 25.

²³ LAMAS LEITE, André, *Op. Cit.*, p. 63

²⁴ No mesmo sentido, DUARTE, Caetano, “Justiça Restaurativa”, *Sub Judice*, Out-Dez, 2006, p. 49 e s.

²⁵ Cf. ASHWORTH, Andrew, “Responsibilities, Rights and restorative justice”, *Brit. J. Criminal*, 2002, p. 578. Também em NESS, MORRIS e MAXWELL, *Op. Cit.*, p. 5 e MARSHALL, Tony, “Apud Restorative Justice Handbook” em McCold, *The Tenth United Nations Congress on The Prevention of Crime and Treatment of offenders*, Vienna, 10-17 April, 2000, p. 2.

Walgrave, caracterizam a JR como toda a ação primariamente orientada para realizar a justiça através da reparação do dano²⁶ causado pelo crime, e diz-se que veiculam assim uma perspetiva maximalista, pois ao entenderem a JR orientada prioritariamente para a reparação dos sofrimentos e danos causados por um determinado crime²⁷, restringem-na para o resultado e não para o processo, como por exemplo, o trabalho a favor da comunidade ou o pagamento de uma indemnização à vítima. Portanto, o cerne nesta perspetiva é a ideia de reparação orientada para fins – que a nosso ver, entre nós, foi precisamente a perspetiva optada pelo legislador, uma vez que a nossa Lei de Mediação Penal valoriza muito mais o resultado do que o processo em si. Utilizando agora uma linguagem habermasiana, podemos dizer que se orienta mais por uma ação estratégica ou instrumental típica do Mundo do Sistema do que por uma ação comunicativa.

A fim de colmatar as definições acima expostas, Susan Sharpe propõe cinco princípios orientadores da JR; sendo eles: (1) o convite à participação plena e ao consenso, (2) a reparação do que foi quebrado pelo ato (responder às necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade), (3) a total e direta responsabilização do delinquente, (4) unir o que foi dividido (ideia do restabelecimento dos laços sociais) e (5) fortalecer a comunidade para a prevenção da criminalidade²⁸. Por conseguinte a JR evoca três elementos principais: o social, o democrático (convite à participação e ao consenso) e o reparador²⁹. Elementos que se coadunam tanto com uma *nova* conceção de crime, como com o envolvimento dos atores sociais ante ela. Saliente-se novamente que a reparação

²⁶ Se olharmos para algumas sociedades pré-modernas, podemos encontrar algumas semelhanças com a ideia de reparação que esteve na origem do movimento da JR. Aquelas sociedades consideravam que o interesse do coletivo deveria sobrepor-se ao individual, uma vez que a coesão de grupo seria imprescindível para a promoção do equilíbrio social no presente e no futuro. Todavia, estas reparações realizadas através do diálogo, não descurava a adoção de medidas cruéis, como a pena de morte. Cf. JACCOUD, Mylène, “As Medidas Reparadoras”, *Tratado de Criminologia Empírica*, coord. Marc le Blanc/Marc Quimet/Denis Szado, Lisboa: Climepsi Editores, 2008, p. 582.

²⁷ WALGRAVE, Lode, “On Restoration and Punishment: Favourable Similarities and Fortunate Differences” em NESS, MORRIS e MAXWELL, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁸ NESS, MORRIS e MAXWELL, *Op. Cit.*, p. 5 e s.

²⁹ Cf. PELIKAN, Christa, “General principles of restaurative Justice”, *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no ordenamento jurídico português – colóquio 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito de Universidade do Porto*, Almedina, Coimbra, 2005, p.16 e LÁZARO, João, MARQUES, Frederico Moyano, *Op. Cit.*, p. 66: “o elemento social – (...) o crime é encarado não como uma mera violação da lei mas (...) como uma perturbação, uma disfunção das relações humanas. (...) passando este a ser encarado como um acto de uma pessoa contra outra, violador de uma relação no seio de uma comunidade, em vez de um acto contra o Estado. A tónica é colocada no comportamento anti-social e na brecha aberta nas relações comunitárias; (...) o elemento participativo ou democrático (...) é a pedra de toque de todo o conceito: só se pode falar-se em justiça restaurativa se houver um envolvimento activo das vítimas, infractores e, eventualmente, da comunidade, guindados a “actores principais” no âmbito destes procedimentos; (...)” finalmente, “o elemento reparador (...) , pretende-se que o infractor repare o dano por si causado, e o facto de este e a vítima estarem envolvidos no procedimento permite ir ao encontro das necessidades reais desta.”

aqui não se esgota na vítima, pois o delinquente, enquanto ator social que é, ao auto responsabilizar-se pelos seus atos e admitindo as consequências do/s seu/s comportamento/s naquele processo intersubjetivo, não está senão também ele a fazer proveito do elemento reparador. Desta maneira podemos entender a reinserção social nos termos patentes da prevenção especial positiva do nosso sistema judicial, satisfeita e, por isso mesmo, cumprida. Assim, não faz sentido entendermos a reparação apenas de *infrator para com a vítima*, mas também de *vítima para como infrator*, porque o processo é necessariamente mútuo e dialético.

A diretiva n.º 2012/29/UE, do PE e do Conselho, de 25/10/2012 no art.º 2.º, n.º 1, al. d), define JR como um processo que permite que a vítima e o autor do crime participem ativamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais. Podemos aqui vislumbrar uma perspetiva mais ampla, pois entende JR como um processo com vista à resolução de questões decorrentes do crime. Aqui pode-se entender como resolução, a melhor forma de lidar com as consequências do crime e as suas implicações para o futuro e/ou toda a ação primariamente orientada para realizar a justiça através da reparação do dano causado pelo crime. É uma definição que permite dar uma maior elasticidade ao conceito e consequentemente uma maior abertura na adoção de programas de JR.

Posto isto, passamos a apresentar, ainda que muito resumidamente, os programas de JR³⁰ com maior ressonância: (1) a mediação vítima-ofensor (VOM), que designa um encontro voluntário entre vítima e ofensor, apoiados por um mediador. Esta sessão de mediação pode ser direta ou indireta, nesta última é o mediador quem fala com as partes, separadamente, e transmite a informação de um ao outro. Vamos nos debruçar mais profundamente nesta questão no próximo tópico, pois é este o principal instrumento da JR e também a escolhida pelo nosso legislador. (2) As conferências (ou conferências familiares) que envolvem, para além das partes e do mediador, pessoas significativas de cada uma das partes convidadas. Este modelo, embora menos implementado que a mediação, tem sido especialmente aplicado na justiça de menores em países como a Bélgica. As pessoas normalmente reúnem-se em círculo e o(s) mediador(es) facilitam a participação ativa de todos os intervenientes. Finalmente (3) os círculos, ou círculos de reconciliação, são mais alargados que as conferências e contam

³⁰WRIGHT, Martin, “ The court as last resort, Victim – Sensitive, Community – Based Responses to Crime”, *Brit. J. Criminol.*, 2002, pp. 658 e ss; NESS, MORRIS e MAXWELL, *Op. Cit.*, pp.6 e ss, UMBREIT, BETTY VOS, “Victim-offender Mediation: Tree Decades and Research”, *Conflict Resolution Quarterly*, vol.22, nº 1-2, Wiley Periodicals, Inc, 2004, pp. 283 e ss.

com a participação de instituições que estão envolvidas na administração da justiça, como por exemplo, um representante da polícia. Os participantes sentam-se em círculo e os mediadores fazem uso de um “objeto” que passa de pessoa para pessoa consoante é pedida a palavra, com objetivo de promover a expressão de sentimentos e emoções; as pessoas livremente pedem a palavra, sendo que a do ofensor e a da vítima têm prioridade face aos restantes elementos do grupo.

3.1. Sumário e conclusões

A JR iniciou-se como um movimento social contra à ineficácia da justiça tradicional, que é entendida aqui como Sistema. Para a JR, o crime passou a ser definido como um conflito entre partes concretas que cabe ao Sistema mediar.

Há principalmente duas correntes na definição de JR: a minimalista e a maximalista. A minimalista rege-se, a nosso ver, por uma racionalidade comunicativa habermasiana, uma vez que a sua definição se restringe ao processo ou procedimento em si. Traduz assim uma ação orientada racionalmente para o entendimento através da comunicação intersubjetiva. Ou seja, o enfoque principal está no Mundo da Vida das partes e não nos objetivos do Mundo do Sistema face à reparação da vítima. Por outro lado, a conceptualização maximalista radica num ideal de JR para a ação orientada para a realização da justiça através da reparação do dano causado pelo crime à vítima. Restringem-na desta maneira para o resultado e não para o processo. A nosso ver, não faz sentido entendermos a reparação teleologicamente orientada apenas para a vítima, mas também para o ofensor, porque o processo é necessariamente mútuo e dialético. Assim entendido, deduzimos fazer mais sentido optar por uma definição minimalista.

A nosso ver, também faz mais sentido uma definição conciliadora das anteriores, como a patente na diretiva n.º 2012/29/UE, do PE e do Conselho, de 25/10/2012 no art.º 2.º, n.º 1, al. d), ao definir JR como um processo que permite que à vítima e ao autor do crime participar ativamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais. Nesse sentido, podemos concluir que esta definição torna a JR um mediador entre o Mundo do Sistema e o Mundo da Vida, já que não vê o acordo quase como uma *pré-decisão* entre as partes, potenciando a comunicação.

4. A Racionalidade na Justiça Restaurativa: cruzamento com Habermas

No âmbito da JR, convergem várias perspectivas ou orientações, algumas delas até contraditórias entre si. Refletem a racionalidade legitimadora da mesma. Isto ajuda-nos a perceber as críticas que lhe podem ser feitas, e por extensão também à mediação penal, tendo em conta a força racional pela qual emergem. Abaixo deduzem-se algumas dessas perspectivas, que serão descritas tendo já como referência alguns tipos de racionalidade habermasiana.

A perspectiva instrumental ou teleológica inscreve-se numa lógica de racionalidade com vista a fins – neste caso a do interesse administrativo dos conflitos por parte do sistema. Nesta esfera, reduz-se a JR a um conjunto de procedimentos e técnicas que visam maximizar o funcionamento de um determinado sistema, neste caso, o da justiça tradicional. Nesse sentido, a JR torna-se um mero instrumento daquela e os seus fundamentos passam a ser, portanto, ideológicos. A ideia de que a JR é mais célere e económica, também ajuda a alimentar a legitimidade desta ideia, pois torna-a numa espécie de panaceia para colmatar as lacunas da justiça convencional. Ora, isto vai contra os próprios princípios filosóficos e éticos da JR que vimos supra, e dá origem a um uso meramente tecnocrata da mesma.

A perspectiva comunicacional, ou, se quisermos utilizar uma linguagem habermasiana, a racionalidade comunicativa, valoriza a intersubjetividade como veículo para ação coletiva, e consequentemente, deduzimos nós, um sistema de justiça que deveria ser, a nosso ver, a JR, desde logo porque ela bebe indubitavelmente destas ideias para se construir e fundamentar. Para Habermas as sociedades contemporâneas secularizadas interrogam a ideia de Verdade³¹. Isto conduz ao que algumas vozes chamam de dissolução ou fragmentação dos valores – deixou de existir uma conceção de bem e de mal, e por conseguinte também de justiça ou injustiça, falando, é claro, em termos absolutos. Ou seja, o que existe hodiernamente é o que podemos apelidar de *relativismo*

³¹ Habermas pensa que a nossa conceção ocidental de Verdade, caminhou de mãos dadas com a ideia de razão instrumental. Assim, o indivíduo racional procurou dominar e controlar a natureza, mas também a política e a economia, através da técnica e da ideologia. Temos acontecimentos no século XX e XXI – como o Holocausto, o desenvolvimento das sociedades capitalistas, as agências de *ranking*, a mecanização da atividade humana e de certa forma, o movimento de alienação do consumo e do trabalho –, que marcam as consequências dessa “Verdade” que tem a sua génese no positivismo. Habermas pretende desconstruir este tipo de racionalidade. Para Habermas, antes de mais, somos atores de linguagem e comunicação. A Verdade deve então ser sempre mediada pela intersubjetividade. Para Habermas a democracia deve assentar precisamente nesta ideia de comunicação, em que não há uma verdade universal e como tal preestabelecida.

moral, o que significa afirmar que não há valores melhores do que os outros. Nesse sentido, como devemos orientar as nossas ações? Onde podemos ancorar a nossa ação coletiva num mundo cada vez mais fragmentado? E é aqui que em resposta surge o conceito de ética do discurso, de que falaremos mais abaixo. Na perspectiva de Habermas a verdade é construída através da comunicação, mas não de uma comunicação qualquer. A comunicação deve reger-se por determinadas condições que, como veremos infra, se situam entre o Sistema e o Mundo da Vida. A JR é uma justiça dialógica por excelência, baseada no diálogo, em que a decisão não está previamente estabelecida ou, por outras palavras, em que a verdade não é tomada como universal; há um caminho a percorrer. Cada ator, nos modelos da JR, é levado a reconstruir a situação problema, dentro do seu próprio olhar, o mesmo é dizer, dentro do seu Mundo da Vida habermasiano. Assim, a verdade é aqui partilhada, discutida, e confrontada, com a verdade dos outros. É neste confronto, neste diálogo de escuta mútua e reciprocidade, onde é encontrada uma solução que é comum ou pelo menos consensual entre os seus protagonistas, resultando portanto numa síntese de ambos os pontos de vista. Desta maneira a JR é um tipo de justiça horizontal, no sentido de uma justiça que se serve da intersubjetividade dos vários atores sociais envolvidos num determinado problema, fundamentando-se em perfeita harmonia com uma noção de Verdade.

A JR funda-se também numa racionalidade de inspiração comunitária, designada de perspectiva comunitarista (*communitarian*), mais veiculada nos países anglosaxónicos. Articula-se com a perspectiva anterior na medida em que pressupõe a intersubjetividade, mas valoriza a ideia de que os conflitos apelam por soluções que devem ser encontradas localmente, na própria cultura e nos costumes de onde emerge. Portanto, a intersubjetividade perde as suas idiossincrasias individuais e passa a prevalecer o interesse da comunidade. Deste modo, para os comunitaristas, a ideia de justiça ou injustiça, não deve encontrar os seus fundamentos em princípios universais, mas nos próprios costumes concretos da comunidade. Na justiça restaurativa encontramos alguns autores que partilham desta ideia, sobretudo aqueles que entendem que a JR não deve ser institucionalizada e que por conseguinte, que não se deve misturar com a justiça convencional. Deduz-se aqui, que uma corrente comunitarista radical poderia ter implicações perigosas, uma vez que aquilo que é dado como justo por uma determinada comunidade, em sede de resolução de conflitos, poderia facilmente colidir com a dignidade do ofensor, por exemplo, recorrendo a práticas atentatórias face aos seus direitos fundamentais, como a humilhação. Por isso é que as práticas restaurativas

devem estar sempre associadas ao princípio da legalidade, pois caso contrário retornaríamos a um tipo de justiça pré-moderna, sem os nossos direitos, liberdades e garantias fundamentais conquistados. Posto isto, a racionalidade da Justiça Restaurativa é adequada a ser compreendida sob a alçada dos princípios habermasianos de racionalidade. Assim, podemos presumir que, caso Habermas tivesse que optar por uma definição de JR, concordaria certamente com MARSHALL, portanto, com uma justiça procedimental, concentrada no processo³². Pois, a verdade vai sendo construída ao longo da comunicação e da aceitação das partes e os procedimentos devem facilitar dentro do possível a própria comunicação, que deve seguir uma ação não teleológica, mas comunicativa, por entendermos que as explicações e significados das partes constroem o próprio caminho para o resultado.

³² Habermas acredita que uma das patologias da modernidade é a colonização do Mundo da vida pelo Mundo do Sistema. A estratégia de ação instrumental do Mundo do Sistema invade os espaços do Mundo de Vida de maneira avassaladora. Isto tem vindo a colocar em causa a ação comunicativa. A partir destas premissas, também podemos deduzir que a perspectiva de uma JR de cariz procedimental condiz muito mais com a orientação de Habermas, já que uma JR dirigida para resultados, colocaria em causa o Mundo de Vida das partes em prol do Sistema.

4.1. Sumário e conclusões

Após o enunciado no ponto 3 sobre as possíveis definições de JR, tornou-se fundamental falar sobre a racionalidade da mesma, porque qualquer definição, enquanto síntese de uma ideia, abarca um processo atinente à própria lógica e argumentação de ser das coisas. Podemos concluir que uma racionalidade dirigida a fins designaria uma JR de racionalidade tecnocrata. Vejamos então o caso paradigmático da nossa mediação penal, que valoriza muito mais o resultado do que o processo em si, ao remeter para uma reparação concreta à vítima. Neste sentido, reconduz-se a mediação penal a um conjunto de técnicas que visam melhorar o funcionamento do sistema de justiça tradicional, tornando a JR um instrumento do poder daquela, portanto em mera ideologia. Por outro lado, na racionalidade comunicacional a verdade constrói-se na intersubjetividade das partes e não partir do exercício de poder do Sistema, que a torna numa verdade oficial e material. Na racionalidade comunicacional, a verdade tem o significado dentro de cada Mundo da Vida dos participantes. Contudo, do que tem sido dito até agora, não significa que a racionalidade da JR deva desassociar-se integralmente da do Sistema, até porque isso significaria um retrocesso da própria justiça. Existem princípios fundamentais que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, e nesse sentido a JR é mediadora dos princípios subjacentes ao Sistema, desde logo face ao princípio da legalidade. Daí o perigo relativo a uma racionalidade exclusivamente comunitarista, uma vez que esta orienta-se por uma proposta cujo interesse encontra o seu fundamento nos costumes, sabendo-se que esse caminho pode levar ao livre arbítrio de práticas de justiça contra os direitos fundamentais até então conquistados.

CAPÍTULO II – JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL

1. Mediação como *maiêutica* entre partes

Sendo a *reparação* o objetivo desejado com o recurso à mediação³³, e estando ela além de qualquer outro resultado menos fiel à sua verdadeira origem³⁴, compreende-se que emerja duma comunicabilidade recodificada e antagónica de interesses entre sujeitos

³³ Parece-nos bem a definição apresentada por AMADO FERREIRA, sobretudo porque também a entende como um instrumento que visa prevenir, ora vejamos, “ (...) a mediação tem lugar num conflito (latente, emergente ou manifesto) em que as pessoas envolvidas sintam dificuldade em preveni-lo, travá-lo ou resolvê-lo por si próprias, carecendo dos serviços de um terceiro (...) através de uma espécie de «diplomacia itinerante» entre as partes (...)”. Cf. AMADO FERREIRA, Francisco, *Justiça Restaurativa, natureza, finalidade e instrumentos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 73. Cf., também: ARCHIBALD, Bruce P., “La Justice restaurative: conditions et fondements d’une transformation démocratique en droit penal”, *Justice réparatrice et médiation pénale – convergences ou divergences?*, Paris, L’Harmattan, 2003, pp. 143 e s: “(...) La médiation est un processus délibératif qui permet à la victime d’obtenir non seulement une réparation matérielle, mais une satisfaction psychologique et morale (suite à sa communication avec son agresseur). La médiation offre au contrevenant (entenda-se ofensor) l’occasion de reconnaître sa responsabilité, de transiger avec la victime et d’échapper au processus pénal et au plaidoyer de culpabilité (réduction de peine). Dans le meilleur des cas, il y aura l’établissement ou le rétablissement de relations saines et équitables entre le contrevenant et la victime, ou tout au moins l’ébauche d’une compréhension mutuelle (...)”. Ainda, segundo ALVARADO VELLOSO a mediação entende “(...) un método de debate dialéctico entre los partes en un pie de igualdad que se presentan ante un tercero, imparcial, *imparcial* e independente a fin que este mediante una sentencia (o laudo) ponga fina al conflicto intersubjetivo de intereses dado en plano de la realidade social (...)”, cf. Citado por PRUNOTTO, Adolfo P. em “Hacia la mediación penal resolución alternativa de conflictos en matéria penal”, *Ciencias Penales Contemporáneas – Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Ano 2, N.º4, 2002, pp. 330 e s.

³⁴ Seria falacioso e reducionista da nossa parte encarar o recurso à mediação penal como mero instrumento utilitário e economicista à mercê dos interesses do Estado. O verdadeiro significado e sentido da mediação ultrapassa qualquer das suas vantagens *divertidas* que possa vir a ter como consequência do seu recurso ao nível de interesses estatuais meramente economicistas, cuja celeridade processual é mero exemplo paradigmático. Pois a mediação esboça antes de mais um novo olhar na abordagem do próprio crime. Nesse sentido CÂNDIDO DE AGRA e JOSEFINA CASTRO “(...) a mediação (...) procura ser, pelo menos assim foi concebida, uma alternativa de conceber o crime e a reacção social e não apenas um conjunto de técnicas que visam reproduzir de forma mais ágil e mais económica a lógica da justiça penal convencional. (...) Os perigos desta engenharia da mediação são já evidentes, designadamente nos países em que estas práticas se instalaram sob a forma de um novo mercado unicamente inspirado pela razão instrumental.” Cf. AGRA, Cândido, CASTRO, Josefina, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, p. 106. Para além disto, também deverá corresponder e estar em concordância com a satisfação das necessidades preventivas-gerais e especiais. Cf. LAMAS LEITE, André, “Mediação penal e finalidades do sancionamento – esboço de uma Relatio”, *Ciências Penais - Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, Vol.11, Editora revista dos tribunais, Julho - Dezembro 2009, p. 52 e SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adulto” em Portugal”, *Revista Portuguesa de ciência criminal*, Ano16, n.º1, 2006, p. 90.

cujo conflito despoletou³⁵ e mediada por um terceiro imparcial. Assim a mediação, contrariamente à negociação³⁶, segue um modelo triádico³⁷.

O conflito enquanto *krisis*³⁸ assume um momento crítico e *experimental*, de escolha e descoberta, de cedências e discussão – um movimento dinâmico, sempre na alçada comunicacional, que deve servir como catapulta para a emergência de um trilho, seja ele de que natureza for. Assim, entendamos esta reparação de que falamos em dois sentidos, como trilho para a vítima, mas também para o delinquente, pois qualquer processo comunicativo embarca sentidos e significados mútuos, ainda mais quando reflete *razões* e emoções tão fortes, como aquelas oriundas de um crime. Portanto, nada senão vê-la (a mediação) como um instrumento capaz de servir de projétil para novas aprendizagens obtidas através do diálogo³⁹, na medida em que a comunicação, ainda mais se dialética, conforma sempre um momento (des)construtivo para ambos os protagonistas. Segundo UMBREIT e col., o “(...) dialogue is a dynamic process which offers opportunities for victims, offenders, their support networks, and community members to work through the harm done by crime. For others it may be important but not particularly memorable. And for some it may be something to do to get the experience behind them. Capturing

³⁵ Segundo alguns autores, como ROXIN, a *reparação* (e aqui entende-se todas as medidas reparadoras iminentes da justiça restaurativa) deveria inclusive integrar o sistema das sanções penais, ao lado da pena e das medidas de segurança, evidentemente no âmbito da pequena e média criminalidade, contrariamente à posição que defende o Professor FIGUEIREDO DIAS. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal parte geral questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Tomo I, Coimbra, Coimbra editora, 2007, pp. 58 e s.

³⁶ A negociação é um processo diádico, enquanto a mediação é um processo triádico. Ou seja, a negociação pressupõe que as duas partes procurem em conjunto, direta ou indiretamente, através de um processo de comunicação, chegar a uma resolução do conflito. Não há uma intervenção de um terceiro, pois, mesmo quando temos advogados, eles representam as partes. Esta é sem dúvida a característica principal que separa a negociação da mediação. Depois, podemos ainda discutir o critério da decisão, na negociação, procura-se chegar obrigatoriamente a uma decisão, já na mediação isso pode não acontecer.

³⁷ Nos processos triádicos, temos como exemplo o julgamento, a arbitragem, a mediação e a conciliação. O julgamento tem o juiz, como uma terceira parte, e na arbitragem, um árbitro. A mediação é um processo triádico e não *decisional*, porque tem a ver com o papel do terceiro. Num julgamento e na arbitragem, o terceiro toma uma decisão, a decisão final é deles, podendo ouvir as partes, é claro, mas é ele quem toma as decisões. Já na mediação e na conciliação, não é o mediador que toma as decisões finais, apenas toma decisões relativas à condução do processo. O mediador é o que está ao meio, e o seu papel é o de facilitador da comunicação entre as partes. A decisão cabe às partes. Contudo, penso que deve é criar as condições para que as duas partes possam desenvolver um processo de comunicação e chegar a uma decisão.

³⁸ Cf. AGRA, Cândido, “A Epistême das ciências criminais – exercício empírico-teórico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 569 e s. A propósito da quebra de laços LAMAS LEITE parafraseando CÂNDIDO DA AGRA também no mesmo sentido: “(...) a *krisis* subjacente ao conflito é, na etimologia grega, como desde sempre tem assinalado Cândido da Agra, momento de escolha, logo, de oportunidade(s). O crime (...) assume-se, assim, como fenómeno natural da vida comunitária, rejeitando-se conceitos pré-jurídicos e ontológicos de delito (...)” – LAMAS LEITE, André, “Mediação penal e finalidades...”, *Op. Cit.*, p.62.

³⁹ O resultado não deve ser um fim em si mesmo, mas antes, um caminho, necessariamente simbólico, por vezes também árduo, é verdade, conquanto sempre transformador para as partes e representativo de qualquer que seja a escolha feita.

the vitality of participant experiences in ways that help us conceptualize, evaluate and assess programs while doing justice to the perspective of the many different actors is a daunting task (...)”⁴⁰ Daqui resulta a ideia de diálogo como alavanca para o processo heurístico de ambas as partes. Questiona-se, então, se o diálogo pode ser por ele próprio uma reparação, tornando-se um resultado. Se o diálogo for racional e tiver boas razões habermasianas consubstanciando uma ética do discurso, deduzimos que possa vir a ser um resultado, não para o Sistema, mas para o Mundo da Vida dos seus participantes enquanto significado subjetivo das partes.

A *maieutica*⁴¹ entre as partes emerge após o enunciado, por entendermos que a prática de mediação apela por uma *arte de parir* (as ideias), que deve ser anterior ao consenso. Podemos entendê-la como uma preparação para o processo de mediação⁴² com vista a facilitar a satisfação para ambas as partes. Pois quem se assume motivado a um processo comunicativo de resolução de litígios, deverá aproximar-se o mais possível da *arte de fazer emergir aquilo que se coadunará melhor ao caso concreto*⁴³ – por certo à vítima, uma compensação inteira (material e emocional) e ao delinquente, a possível redução da pena, no caso dos crimes mais graves, assim como especificidades de crescimento pessoal que do confronto com os seus atos pode surgir. Nesta medida há que partir do *couple penal* a estratégia de melhor fazer fluir as palavras no processo dialógico, de modo a concretizarem os seus interesses em jogo. Ou, por outras palavras, cada um deverá preconizar o parto um do outro de maneira a darem à luz a resposta que

⁴⁰ UMBREIT, COATES e VOS, Betty, “Restorative Justice Dialogue...” *Op. Cit.*, p. 39.

⁴¹ Do grego *maieutikos* (o que age como uma parteira). “O método maiêutico consiste em extrair ideias através de perguntas; a imagem é a de que as ideias já existem na mente grávida do sujeito, mas precisam de um parto para se tornarem manifestas”. Cf. BLACKBURN, Simon, *Dicionário de Filosofia*, Lisboa, Gradiva, 2007, p. 280. Não pensemos, porém, para o caso, na maiêutica em sentido platónico, como método que visa fazer emergir a ideias – verdadeiras – de quando a alma deambulou pelo “mundo das ideias”, mas antes de forma reestruturada a adaptável ao caso, isto é, ao mundo físico. Portanto, uso que aqui se faz de maiêutica é meramente metafórico.

⁴² Existe uma fase de pré-mediação, em que há um encontro do mediador com as partes. A mediação só terá lugar se esta fase for bem preparada. É importante explicar o que é a mediação, pois só assim há um consentimento esclarecido, o papel do mediador, os objetivos, o processo em si, as consequências da mediação. Por exemplo, nesta fase preliminar, é importante informar sobre os efeitos legais da mediação. Ou seja, havendo acordo, que o processo será suspenso, caso contrário, seguirá para tribunal. Nesta sede, também avalia-se as capacidades das pessoas, ouve-se ambas as partes sobre as versões dos factos. É a fase em que mediador percebe se a mediação é exequível.

⁴³ A *verdade* aqui também assume uma especial relevância, especialmente em sede de mediação penal no âmbito do processo, passando a ser, não aquela construção processual de verdade material consequente do exercício contraditório de todos os sujeitos processuais em causa sob a égide da *máquina penal*, mas de uma verdade circunscrita em torno do significado emergente dos próprios intervenientes que participam na construção do evento criminal, falamos pois, da vítima e do delinquente. Verdade que será em todo o caso conformada e acordada entre as partes se existir um acordo. A JR, conforme exposta, conta já com diversas áreas de atuação em Portugal, desde do direito civil ao direito penal e o seu crescimento parece-nos ser para continuar. Uma segunda via ao lado de uma primeira cada vez mais securitária, dois extremos de um sistema que tende a ser cada vez mais fragmentário.

ambos procuram para a satisfação pessoal. A empatia surge aqui como parte fulcral na construção deste processo. Poderíamos ainda colocar a questão de saber se não seria mais lógico caber ao mediador esta função de *parteira*; do fazer dar luz ao equilíbrio das partes. Faria tudo o sentido que assim o fosse, até porque para tal exercício seria necessária uma certa *virtude* ou especialidade que, quer a vítima, quer o delinquente, não estão obrigados a possuir. Assim, apto nessa qualidade, estaria antes o profissional da mediação. Contudo, o papel deste é de mero facilitador imparcial⁴⁴ – entre o diálogo das partes –, aquém de qualquer exercício mais ativo e integrante desse mesmo diálogo. Lembremo-nos que devem ser as partes a encontrar a *chave* do problema e não um terceiro, pois a *porta* é unicamente delas, ou seja, a inflexão ética e moral cabe-lhes a elas. O significado e o sentido devem fazer-se surgir no seu âmago e não no de um terceiro, caso contrário a razão de estabelecer um acordo enraizar-se-ia, não naquelas, mas noutra pessoa, neste caso no mediador. Alcançar a *luz* do acordo é caminhar pelos próprios pés. Neste sentido, a maiêutica, se exercitada por alguém exógeno ao conflito poderia afastar a componente privada – de devolução do conflito aos particulares –, da qual a mediação é precisamente emergente, podendo provocar ruído na comunicação entre a vítima e o delinquente. Ao mediador afigura-se o papel de conector entre as partes envolvidas e entre estas e o Estado, na medida em que estarão sempre presentes (uma vez que nos situamos no Direito Penal) as necessidades das quais se destacam a de reinserção, de segurança e pacificação social⁴⁵. Assim, o mediador é o facilitador da comunicação, mas também a ponte entre as partes daquilo que é universalizável pela consciência coletiva em termos éticos, daí que possa fazer sentido caber a este a tarefa de preparador para um discurso ético habermasiano, como veremos mais abaixo, ou seja, de um facilitador de uma situação ideal de fala com vista ao entendimento. A pré-mediação poderia ser a fase de excelência para isso.

Concluimos, deste modo, duas ideias mestras. A primeira é de que a mediação está além da diversão⁴⁶, pois, como vimos, antes de ser uma forma diferente de resolver conflitos penais, é uma forma diferente de conceber o crime, e por esta e outras razões que

⁴⁴ Cf. LAMAS LEITE, André, *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 124 e s : “(...) deveres de imparcialidade, independência (dupla: face ao sistema judicial e face aos mediados), isenção, impossibilidade de assumir qualquer posição enquanto sujeito ou interveniente processual na causa (...) um facilitador da comunicação, uma «ponte» para o diálogo, um terceiro que não está (...) interessado num dado desfecho. (...)”.

⁴⁵ Nesse sentido: cf. PIZARRO ALMEIDA, Carlota, “A propósito da decisão-quadro do conselho de 15 de março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, N.º 3, 2005, p. 408.

⁴⁶ Enquanto desjudicialização.

veremos, é que talvez seja adequado falar em mediação em sede de execução da pena. A segunda é de que o *caminho* prevalece face a um *resultado* preconcebido, seja ele um contrato escrito ou até mesmo oral, o caminho superá-lo-á na medida em que a transformação está num plano acima de qualquer preconceito, sendo exatamente esta a diretriz imanente da JR. Neste quadro a reparação, como referem NEYS e PETERS, configura-se “(...) comme une valeur fondamentale dans l’approche du conflit. Il va de soi que par «réparation», nous entendons bien davantage que la simple restitution, qui en est une partie, même pas la plus importante. La «réparation» signifie que les parties au conflit entrent en contact directment ou indirectement, que l’auteur est confronté aux implications et aux conséquences de son acte pour la victime, que celle-ci a l’occasion de s’exprimer sur ce que lui est arrivé, sur ce qu’on lui a fait (...)”⁴⁷, por conseguinte, entendemos que a reparação não se esgota na vítima, mas reporta-se também ao delinquentes através da consciencialização e responsabilização. Se compreendêssemos a reparação aqui como apenas o efeito do delinquentes reparar a *instabilidade* que provocou à vítima, estaríamos a desprover de significado a mediação como um instrumento de inflexão de ressocialização para o futuro. Aliás, o facto de o delinquentes ter uma palavra a dar na maneira de como vai reparar a vítima, promove desde logo o seu reconhecimento para com o conflito, isto é, de que está a fazer alguma coisa pela vítima. Consequentemente, isso aproxima-o do ato que provocou. É uma dinâmica muito diferente do da justiça convencional, em que o arguido está orientado para defender-se; existe aqui uma ética para conduzir o ofensor para a empatia e solidariedade com a confrontação do seu ato.

⁴⁷ NEYS, Achiel, PETERS, Tony, “La peine considérée dans une perspective de réparation”, *Revue Internationale de Criminologie et de police technique*, vol. XLIX, n.º1, 1996, p. 23.

1.1. Sumário e conclusões

A mediação penal é a principal manifestação da JR e foi a adotada pelo nosso legislador. Assim, tornou-se imprescindível falar sobre ela. Deduziu-se que o sentido da mediação ultrapassa qualquer uma das vantagens utilitaristas que possa vir a ter para o sistema penal (racionalidade instrumental). Assim, considerou-se que a mediação é um processo que visa uma reparação em sentido amplo: como um *caminho* para a vítima, mas também para o delinquente, pois entendeu-se que qualquer processo comunicativo tem sentidos e significados diferentes no Mundo da Vida de cada uma das partes e conseqüentemente, isso abarca consigo *caminhos* mútuos de reparação. Porquê? O diálogo com vista ao entendimento, confere a possibilidade da vítima ser reparada, quer em termos materiais ou imateriais, mas também a possibilidade do ofensor responsabilizar-se e consciencializar-se para com o seu ato, o que reafirma as exigências de prevenção especial. Metaforicamente, falou-se também numa *arte de parir as ideias* (maiêutica) atinente à eficácia do consenso, e por sua vez à reparação. Neste âmbito, a maiêutica designa a preparação para o processo de mediação, com vista a facilitar a eficácia do processo de mediação propriamente dito. Nesse sentido, o mediador é a ponte entre as partes daquilo que é universalizável pela consciência coletiva (o mesmo é dizer que representa os valores da comunidade), daí fazer sentido caber a este a tarefa de facilitador de uma situação ideal de fala com vista ao entendimento. Viu-se que pré-mediação poderia ser a fase idónea para o efeito.

2. Nota sobre a mediação pré-sentencial em Portugal

Em Portugal a mediação pré-sentencial, ou seja, aquela realizada antes de trânsito em julgado de sentença, pode surgir em qualquer momento da fase de inquérito, desde que existam evidências de que houve um crime e de que o seu respetivo autor esteja devidamente identificado. Portanto, a mediação está inserida no processo penal, sendo complementar e não substitutiva deste. A prática da mediação é possível em todos os crimes particulares em sentido estrito, ou seja, todos aqueles cuja moldura penal abstrata não ultrapasse o limite máximo de cinco anos. Contudo, também pode ser aplicada nos crimes semipúblicos – contra as pessoas ou contra o património, desde que o limite máximo da moldura penal abstrata seja igual ou inferior a cinco anos de prisão –, e no crime público de violência doméstica. A prática da mediação fica assim excluída em todos os outros crimes públicos, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, de peculato, corrupção e tráfico de influência e também no caso de o ofendido ser menor de 16 anos. A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Segundo a mesma Lei, os princípios norteadores subjacentes a prática da mediação são (1) a voluntariedade, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes, (2) a confidencialidade, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento naquele contexto, (3) a igualdade e imparcialidade, ou seja, as partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação e o mediador deve agir de forma imparcial e (4) independente, (5) a competência e responsabilidade do mediador no exercício da sua atividade e, finalmente, (6) o princípio da executoriedade, que diz respeito ao acordo, ou seja, de que ele tem força executiva sem necessidade de homologação judicial. Este acordo também tem limitações face à vontade dos mediados, não podendo prever qualquer tipo de sanção privativa de liberdade, nem injunções que ofendam a dignidade do arguido. O cumprimento do acordo não se deve prolongar por mais de seis meses e o seu conteúdo não pode violar a ordem pública. Ainda, relativamente às suas consequências jurídicas, a assinatura e o consequente cumprimento do acordo equivale à desistência de queixa por parte do ofendido. O art.º 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho define a mediação como é um processo informal e flexível, conduzido por um

terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar ativamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.

2.1. Sumário e conclusões

Depois de compreendemos o que é a mediação penal em termos gerais, houve a necessidade de perceber o seu funcionamento e encadeamento no nosso sistema penal português. Começamos pela mediação pré-sentencial, isto é, aquela que acontece antes de uma sentença (que pode ser ou não condenatória). Vimos que ela surge agregada ao nosso processo penal e que pode ser requerida em qualquer momento na fase de inquérito, desde que o tipo de crime em questão assim o permita, exigindo para tal o consentimento de ambas as partes. Por força do art.º 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, o mediador deve promover a aproximação entre o arguido e o ofendido, a fim de ambos encontrarem ativamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo crime. Deduz-se que aproximar as partes é uma tarefa que consubstancia a necessidade de promoção de uma situação ideal de fala cúmplice da filosofia habermasiana, que veremos mais abaixo. cremos que tal situação pode facilitar uma racionalidade orientada comunicativamente com vista ao entendimento. Concluiu-se também que a mesma Lei se orienta por uma maior racionalidade teleológica do que comunicativa, na medida em que o seu espírito visa muito mais o resultado, o acordo, do que o processo em si. Quais são as consequências que tal orientação pode ter? Ao impor um fim, retira a espontaneidade e dinâmica do enfoque intersubjetivo que é uma das mais-valias da JR e provoca expectativa para ambas as partes quando a um possível acordo. Desta forma, o *ruído* provocado pelo acordo pode atuar como um obstáculo para a emergência do Mundo da Vida das partes, pois concentra a atenção naquilo que o poder do sistema já impôs. Por conseguinte, deduzimos que o acordo deveria ser substituído por uma interação simbolicamente mediada, desde logo porque isto amplia as oportunidades de reparação também em termos de prevenção especial positiva. Isto é, o resultado deve ser a interação simbolicamente mediada.

3. Justiça Restaurativa e prevenção especial positiva

Alguns autores, designadamente Anabela Rodrigues, afirmam o rejuvenescer ideário de reinserção social do recluso que, partindo do respeito dos direitos fundamentais, de limitação do poder discricionário da administração pública, do consentimento esclarecido dos reclusos, da afirmação da ideia de contratualização, pretende encarar o recluso como sujeito da própria mudança, devendo o Estado criar as condições aptas para que esta se concretize. Trata-se de um conceito de reinserção social balizado numa conceção de um Estado de Direito preocupado com o dever de ajuda e solidariedade para com os seus cidadãos que se encontram em especiais dificuldades, oferecendo-lhes condições que facilitem o seu regresso à sociedade, o mais rapidamente possível, prevenindo o cometimento de novos crimes⁴⁸. Ainda, segundo a mesma autora, cabe ao direito penitenciário a tarefa de regular a execução das reações criminais privativas de liberdade, isto é, das penas e das medidas de segurança privativas de liberdade, sendo um prolongamento lógico do direito penal substantivo e do direito processual penal, presentificando assim, a sua dupla natureza de maior relevância no quadro da prevenção⁴⁹. Da mesma maneira que para Eduardo Viegas numa perspetiva jurídica, a prevenção criminal é indissolúvel das penas. Na designada ótica da prevenção geral, as penas destinam-se a evitar, ou seja, a prevenir, a prática de crimes e portanto, dirige-se à comunidade. Segundo o mesmo autor, tal alcance tanto pode ser conseguido através da elucidação – da comunidade, da/s vítima/s – sobre as consequências da prática por um dado crime, processo normalmente designado por prevenção geral positiva; como por via da intimidação de potenciais autores subjacente às punições que serão acionadas após a prática de um dado crime, processo normalmente designado de prevenção geral negativa⁵⁰. Na vertente da prevenção especial positiva o artigo 2.º, n.º 1 da lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade, expõe que “a execução das penas e medidas de segurança, bem como da prisão subsidiária e das penas de substituição detentivas, deve orientar-se no

⁴⁸ Cf. SEQUEIRA PARENTE, José, *O trabalho penitenciário enquanto factor de reinserção social*, Monografia, 2006. Disponível na biblioteca da FDUP, cuja respetiva cota é TM343.8PARtra.

⁴⁹ Vide RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2.ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p.24.

⁵⁰ VIEGAS FERREIRA, Eduardo, “Prevenção criminal – teoria e praxis” *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 18, N.º1, 2008, pp. 110 e ss.

sentido de reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida socialmente responsável, sem cometer crimes.

A pena de prisão assume-se como a pena por excelência, porque é uma forma simples de privação da liberdade, numa sociedade que sobrevaloriza essa mesma liberdade. Trata-se de uma punição igualitária, na medida em que pode ser aplicada a todos nós do mesmo modo. A afirmação da pena de prisão é fundamentada com o objetivo de transformar os indivíduos que dela bebem: encarcerando-os e transformando-os em indivíduos úteis à sociedade e adaptados aos seus valores mínimos⁵¹. No âmbito da JR, o restabelecimento da paz social e a responsabilização do delinquente, passa, como vimos, por um exercício que não deixa de ser de *purgação* que, a nosso ver, coaduna-se perfeitamente com aquilo que os destinatários da política criminal (delinquente, vítima, comunidade) mais apelam após o trânsito em julgado de sentença condenatória: a respetiva e efetiva eficácia da pena. Assim, as formas de JR só podem ser uma mais-valia naquela transição. Podemos dizer que a JR exorta à política dos *res*, assumindo um carácter transformativo, cicatrizante e sobretudo reconstrutivo, de reequilíbrio e de restabelecimento dos laços sociais. Sobre a mediação e parafraseando Ferreira Pinto, “(...) o arguido readquire a sua dignidade ao assumir a responsabilidade do ato que praticou, toma consciência dos danos materiais e psicológicos que provocou na vítima e pode encontrar uma forma de reparar-la do mal praticado, em vez de lhe ser imposta uma solução para o efeito (...)”⁵². Assim, não podemos encarar a mediação e, num sentido mais amplo, todas as práticas de JR, somente como mecanismos que visam evitar a condenação, mas antes como institutos que visam a reparação e consequentemente também a prevenção criminal, independentemente do momento em que aqueles sejam acionados.

Relativamente à ligação que pode existir entre prevenção e práticas de JR, segundo o resultado de três meta-análises – duas preconizadas por Umbreit e col. e uma outra realizada pelo Departamento de Justiça Canadano –, em média a reincidência criminal diminuiu sempre que o ofensor foi exposto a programas de JR. Os resultados desta meta-análise, neste momento, segundo Mccold e Wachtel, representam o melhor indicador da eficácia da JR. Os indivíduos que optam por participar naqueles programas ficam mais satisfeitos e mais permeáveis de aderir a acordos, apresentando também

⁵¹ Cf. SEQUEIRA PARENTE, José, *Op. Cit.*, p. 31.

⁵² FERREIRA PINTO, João Fernando, “O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 15, N.º1, 2005, p. 105.

menores taxas de reincidência⁵³. Contudo, a amostra destes estudos foi constituída por jovens, o que nos pode fazer questionar acerca da sua eficácia em adultos. Um outro problema que pode enviesar os resultados em relação à reincidência prende-se com o facto de o consentimento para aderir a práticas de JR ser daqueles indivíduos que, já por si só, estão mais predispostos à mudança e, consequentemente, a não reincidir. Sherman, também avaliou vários programas de JR e concluiu que os programas que envolveram mediação direta (face-a-face), reduziram a reincidência, todavia não em todos os grupos, variando os resultados conforme a idade e o tipo de ofensa. Relativamente aos crimes contra às pessoas, o autor encontrou melhores resultados com o recurso a programas de JR do que com os mecanismos de justiça clássica. Nesse sentido, Sherman refere: “(...) The success of RJ in reducing, or at least not increasing, repeat offending is most consistent in tests on violent crime (...). Whether we consider just randomized experiments, or include quasi-experiments as well, we find no evidence of increased repeat offending with RJ after violent crime. We also find, in some tests, substantial reductions in recidivism after violent crime”.⁵⁴

⁵³ UMBREIT, BETTY VOS, “Victim-offender Mediation: Tree...”, *Op. Cit.*, pp. 296 e s.

⁵⁴ SHERMAN, L. W., STRANG. H., “Restorative Justice: the evidence”, London, Smith Institute, 2007 p. 69.

3.1. Sumário e conclusões

Depois de termos concluído no ponto anterior que a reparação na mediação penal deve abarcar um sentido amplo, isto é, funcionar para ambas as partes do conflito, pareceu-nos importante refletir um pouco sobre a prevenção especial positiva e a sua relação com a JR, porque, tal análise, permite entender a reparação além de uma racionalidade instrumental, mas também emancipadora para a ressocialização do recluso. Esta consideração faz-nos mais uma vez preferir adotar uma definição de JR centrada no processo e não no resultado.

A prevenção especial positiva é um corolário lógico do Estado de Direito Democrático e designa que as penas devem orientar-se no sentido de reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de forma socialmente responsável; isto é, sem cometer crimes. Nesse sentido, os programas de JR só podem ser uma mais-valia para esse objetivo. As práticas de JR não são apenas figuras que visam evitar a condenação, mas também ressocializar o indivíduo. O que é que isto significa? Desde logo que a racionalidade comunicativa confere a possibilidade de emancipação. A emancipação é aqui compreendida também como a própria ressocialização. Nesta parte voltou-se a reafirmar que a JR é uma ponte idónea entre os princípios do Sistema e a intersubjetividade do Mundo da Vida dos atores. Nesse sentido, a racionalidade imanente à ação comunicativa é mais ampla, pois remete para as diversas formas de argumentação como para outras possibilidades atinentes à reintegração. Se partirmos do uso não comunicativo de uma saber proposicional em ações teleológicas⁵⁵, como por exemplo, *sou criminoso porque cometi um crime*, estamos tomando uma pré-decisão em favor de um conceito de racionalidade instrumental. Se partirmos, pelo contrário, do uso comunicativo do saber proposicional em atos da fala, estamos tomando uma pré-decisão em favor de um conceito de racionalidade mais amplo, que enlaça com a velha ideia de logos. Este conceito de racionalidade comunicativa leva consigo conotações que em última instância se articulam com a experiência central da capacidade de juntar sem coações e de gerar consenso, pois aproxima-se e articula-se com o Mundo da Vida.

⁵⁵ Deduzimos a partir de HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 33 e s.

4. Nota sobre mediação pós-sentencial e mediação penitenciária

Antes de discernirmos sobre os institutos, começaremos primeiramente por diferenciá-los⁵⁶. A mediação pós-sentencial abarca a mediação após trânsito em julgado de sentença condenatória cuja pena aplicada pode ser ou não privativa de liberdade. Realiza-se entre vítima e delinquente que a aceitem ou a ela recorram com o objetivo de restabelecer os laços através de benefícios mútuos. Por exemplo, para o delinquente isso pode significar a diminuição da pena, saídas temporárias da prisão, diminuição da multa; para a vítima, uma compensação material, o conforto psicológico, crescimento pessoal e, sobretudo, uma explicação na primeira pessoa de que a condenação por si própria não raras vezes não confere. Procura-se com a mediação pós-sentencial sobretudo um suporte que ambas as partes não encontraram na condenação por si mesma. Este instituto, funcionando nos crimes mais graves, poderia ter um efeito mitigador na própria natureza deste tipo de crime: geralmente prolongam-se mais no tempo e na memória, mesmo após a condenação do agente, quer devido ao dano social, quer diretamente no efeito traumático que tem na vítima. A mediação enquanto exercício também poderá proporcionar ao delinquente a consciencialização que amiúde a vítima necessita sentir, para se sentir mais protegida e conseqüentemente mais apta à *desconstrução do trauma*. Portanto, a mediação pós-sentencial, não tem objetivos estritamente jurídicos, pois a sua principal substância está na aproximação entre o condenado e a vítima e/ou aos seus familiares ou amigos, no reconhecimento do ofensor relativamente às conseqüências do seu ato e no perdão, reconciliação e compreensão do outro.

A mediação penitenciária restringe-se ao espaço prisional, ou seja, entre reclusos e entre estes e os funcionários. Assim, o momento desta mediação pode ser após ou durante um processo penal. É após, quando já foi emitida uma condenação e a respetiva pena privativa de liberdade e, durante, quando foi aplicada uma medida de coação igualmente privativa de liberdade estando o processo ainda em curso, como, por exemplo, a prisão preventiva. Este tipo de mediação visa sobretudo promover a paz entre reclusos e facilitar a adaptação à vida prisional, especialmente a novos reclusos. Com este instituto

⁵⁶ No mesmo enquadramento LAMAS LEITE, André, “Mediação penal e finalidades...”, *Op. Cit.*, p.54.: “(...) Na fase executiva da pena é possível conceber a mediação numa dupla via de acção: entre ofendido e arguido (e estamos então perante a mediação pós-sentencial) e entre este e o próprio sistema prisional (conhecida como mediação penitenciária) (...)”.

pretende-se que os conflitos sejam resolvidos através do consenso, como a mediação assim o exige. Contudo, não sendo este o contexto o mais fácil para identificar a vítima e o ofensor, a mediação pode ser um recurso menos favorável. Desta maneira o meio penitenciário parece coadunar-se mais facilmente com outras formas de JR que não a mediação, designadamente os círculos ou as conferências. Compreende-se assim que alguns autores não a considerem sequer uma verdadeira mediação no contexto penitenciário, como Lamas Leite, “(...) visto que ele [instituto] não se configurar como mediação, atendendo a que não implica qualquer contacto entre os sujeitos diretamente envolvidos no conflito, mas aponta sim para o aproveitamento de vantagens comportamentais que um *apaziguamento* decorrente da verdadeira mediação entre arguido e ofendido pode oferecer à administração penitenciária (...)”⁵⁷. Independentemente disso, a mediação penitenciária pode cumprir uma verdadeira ação profilática, a fim de resolver diferentes tipos de conflito no meio prisional. Um dos casos adequados ao seu uso é quando dois reclusos entram em conflito⁵⁸. Sendo o sistema prisional responsável pela integração dos delinquentes, mais uma medida que contribua para esse fim deve ser bem-vinda, pois não disponibilizá-la seria potenciar ainda mais os efeitos dessocializadores da prisão. Inclusivamente, os dados disponíveis apontam no sentido de que os agentes que se submeteram a modelos de JR apresentam taxas mais baixas de reincidência quando comparadas com grupos de controlo⁵⁹.

A Bélgica contava já em 2004 com um projeto-piloto de mediação pós-sentencial, desenvolvido em três prisões, que visava disponibilizar aos detidos que o desejassem um serviço de mediação com a vítima. Dirige-se a pessoas condenadas por crimes graves, normalmente de carácter violento⁶⁰; compreendendo-se a sua lógica pelos motivos já supra abordados. A Bélgica foi um dos exemplos de realização e concretização da inspiração da Recomendação de 1999 (R (99) 19) do Conselho da Europa a propósito da implementação de programas de mediação em todas as fases do processo penal, incluindo na fase pós-sentencial. A lei de 22.06.2005 passou a prever,

⁵⁷ LAMAS LEITE, André, “Mediação penal e finalidades...”, *Op. Cit.*, p.54.

⁵⁸ Uma vez que os presos estão *oficialmente* sobre o mesmo nível de estatuto ou, por outras palavras, no mesmo pé de igualdade, o mediador não esforçar-se-á muito para fomentar a existência de um sentimento de igualdade entre as partes essencial para o processo que é a mediação. Contrário será se dirigido entre um delinquente e um guarda ou entre um delinquente e um profissional de saúde devido às diferenças dos seus estatutos.

⁵⁹ Remetendo para os estudos realizados por Lawrence W. Sherman e Joamma Shapland, LAMAS LEITE, André, “Justiça prêm-à-porter? [alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento]” *Revista do Ministério Público*, n.º 177, 2009, p. 122.

⁶⁰ AGRA, Cândido, CASTRO, Josefina, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema...”, *Op. Cit.*, p.104.

após aquele período experimental, que “(...) toda a pessoa que tenha um interesse direto possa, em qualquer fase do processo penal e da execução da pena, requerer a mediação(...)”. Indo desta maneira ao encontro do espírito da “loi Dupont sur le statut interne des détenus”, também ela de 2005, que consagra os direitos dos delinquentes encarcerados segundo os princípios da normalização e da limitação dos efeitos prejudiciais da prisão. Nas palavras de Dufax, “(...) O princípio da normalização afigura-se como a adequação das condições carcerárias para com o exterior [extramuros] (...)”⁶¹. Parte-se das premissas segundo as quais o processo não cessa com a condenação, como diz Agra, “(...) ao contrário do que se esperaria, e do que a associação prisão-expição deixa supor, a reclusão não favorece o encontro do indivíduo com o seu ato (...) em nenhum momento se favorece a tomada de consciência das consequências do crime, do impacto do mesmo sobre a vítima e, muito menos, a assunção da responsabilidade para com ela (...)”⁶². Em Portugal, a mediação pós-sentencial está prevista no Código de Execução das Penas Privativas de Liberdade (CEPMPL), ainda que não se saiba do seu funcionamento e respetivos resultados. O art.º 47.º, n.º 4 do CEPMPL estabelece que o recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido. Relativamente à mediação penitenciária o mesmo código nos artigos 98.º, n.º 5 e 116.º, n.º 2, al. a), estabelece a sua respetiva previsão.

Segundo Ness, todos os programas realizados no âmbito prisional, têm seguido vários objetivos, contudo muito difíceis de se alcançar, desde logo devido à cultura intrínseca da prisão. Mas esses objetivos têm sido sobretudo (1) aumentar a empatia do ofensor – sabe-se que quanto maior a empatia menos a probabilidade de reincidência, (2) promover a compensação à vítima, (3) a mediação (in)direta com vista a apaziguar ambas as partes, (4) os programas com vista a introduzir o delinquente na sociedade adequadamente, (5) programas para resolver conflitos que emirjam do meio prisional e (6) os programas transformativos capazes de modificar a moral do sujeito⁶³.

Os programas de JR em contexto de reclusão podem ser articulados com a conceção segundo a qual o mais importante na mediação não é o seu resultado – atingir ou não um acordo –, mas antes os vários momentos encadeados que abrem a oportunidade de

⁶¹ DUFAUX, Florence, “L’emploi des personnes incarcérées en prison: pénurie, flexibilité et précarité. Une normalisation?”, *Déviance et société*, vol.34, n.º3, 2005, p. 299 (tradução minha)

⁶² AGRA, Cândido, CASTRO, Josefina, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema...”, *Op. Cit.*, p. 103.

⁶³ Cf. VAN NESS, Daniel W., “Prison and restorative justice” em GUERRY, Johnstone, VANNES, Daniel, *Handbook of Restorative Justice*, Portland William Publishing, 2007, pp.312ess

(re)estabelecimento dos laços sociais quebrados pelo crime, sendo isto ainda mais solene quando estamos no âmbito da execução penal, fase, por excelência, mais sensível às exigências preventivas. Todavia, como releva Lamas Leite, “(...) não podemos esquecer que o sistema penal está orientado para a resolução concreta do litígio, sendo, ao menos, um relativo fracasso que se malogre o acordo, reconhecendo embora que a aproximação entre os mediados, ainda que não vertida em encontro de vontades, contribui para uma certa pacificação social(...)”⁶⁴. Mas considerando que estamos em sede de execução de penas, as medidas de reinserção social e a subsequente (re)estabilização da paz social que deriva da sua eficácia, passarão, não raras vezes, pelo relaxamento da relação entre agente e vítima. Atendendo que o significado e sentido dos protagonistas do conflito serão à partida diferentes após a condenação do ofensor, o recurso ao exercício *heurístico* consubstanciado pela mediação, independentemente do resultado, poderá patentear um maior simbolismo no processo que de outra maneira não seria possível. Apesar do trânsito em julgado refletir a inexistência de uma diversão (embora não saibamos se em *x* seria ou não possível recorrer para uma resolução alternativa de litígios, mesmo existindo um elemento volitivo por parte do *couple pénal*, pois o tipo de crime poderia simplesmente não configurar essa margem de manobra), apesar de refletir também uma mudança significativa na posição do arguido e do ofendido no que concerne ao conflito – uma vez que a condenação radica na certeza jurídica de que *x* delito foi participante do agente, sendo a validade da norma reforçada pela sanção, restabelecendo-se a paz social –, a afirmação da condenação é por excelência um momento simbólico de mudança. Por um lado o arguido vai ser ressocializado, por outro, a vítima vai ser *esquecida*, mesmo sendo compensada materialmente. Sem dúvida que a condenação é idónea à reflexão futura, daí que a mediação na fase executiva da pena, inclusive nos crimes mais graves onde não é possível a diversão, tenha uma maior ressonância para a vítima, ofendido e comunidade, pois o seu exercício viabiliza as exigências-preventivas. Por um lado, para a formação pedagógica do recluso, finalidade imanente do próprio sistema e, por outro, ser para o caso, *desvitimizante* e compensador para vítima. Neste contexto a mediação surge, não como um meio para obter um resultado imutável, mas como uma *viagem de risco* a fim de preencher uma lacuna que a mera condenação não conseguiu arrematar por si só, ou seja, evoca a verdadeira reparação, na medida em que um exercício profundo sobre um

⁶⁴ LAMAS LEITE André, “Mediação penal e finalidades...”, *Op. Cit.*, pp. 62 e s.

conflito promove a estimulação do interesse do conhecimento pessoal e ajuda a aprender novos e melhores modos de responder aos problemas, que no âmbito penitenciário passa sobretudo por assumir a situação e enfrentá-la, responsabilizando-se. A teoria da ação comunicativa vai ao encontro de todas estas premissas, resumindo o conflito a uma oportunidade para a mudança e à inovação pessoal, aquém dos interesses individuais instrumentais. Nesse sentido, a linguagem funciona como instrumento de socialização e de definição do sujeito, proporcionando uma passagem permanente do coletivo ao individual e do individual ao coletivo⁶⁵ através da explicação. Alternância mútua, graças à comunicação cuja dinâmica constituiu-se na própria razão de ser das coisas, que como se viu, é inseparável da discursividade, mais propriamente da mediação dialógica entre os sujeitos⁶⁶.

⁶⁵ Alguns autores, designadamente CÂNDIDO DE AGRA, consideram tal característica participante da propriedade *autopoiese* imanente do sujeito.

⁶⁶ Parece-nos que a etnometodologia poderá surgir neste contexto como veículo metodológico ideário para alcançar, através da observação dos fenómenos comunicativos dos sujeitos, o significado dado pelos actores sociais aos seus comportamentos. Segundo ZIMMERMAN citado por COULON, Alain em *L'Ethno-méthodologie*, Paris, PUF, 1993, p. 42, a etnometodologia “traite les comptes rendus du monde social que font les membres comme des accomplissements en situation, non comme des indices de ce qui se passe vraiment. Le souci de l’ethnométhodologie en général est l’élucidation de la façon dont les comptes rendus, ou les descriptions d’un événement, d’une relation, ou d’une chose, sont produits en interaction, de telle sorte qu’ils parviennent à un statut méthodologique clair, par exemple établi ou illusoire, objectif ou subjectif, etc.”.

4.1. **Sumário e conclusões**

Neste ponto caracterizou-se a mediação pós-sentencial e a mediação penitenciária. Com a mediação pós-sentencial procura-se, sobretudo, um entendimento que ambas as partes não encontraram com a condenação por si própria. Assim, a mediação pós-sentencial não tem objetivos estritamente jurídicos, pois a sua principal enfoque está na aproximação entre as partes, no reconhecimento do ofensor relativamente às consequências do seu ato e no perdão, reconciliação e compreensão do outro. Ou seja, aqui o enfoque está orientado mais para o Mundo da Vida das partes do que para os interesses do Sistema. Portanto, os programas de JR em contexto de reclusão podem ser articulados com a concepção segundo a qual o mais importante na mediação não é o seu resultado, mas sim as diversas fases que proporcionam a oportunidade de (res)estabelecimento dos laços sociais quebrados pelo crime. Deduzimos, assim, que a racionalidade comunicativa pode ir ao encontro desta ideia, resumindo o conflito a uma oportunidade para a mudança e à inovação pessoal, aquém dos interesses individuais instrumentais. Nesse sentido, a linguagem funciona como instrumento de socialização e de definição do sujeito, proporcionando uma alternância permanente entre papéis. O mesmo é dizer que empatia e solidariedade são veículos essenciais para o entendimento. Posto isto, é o próprio Sistema a reconhecer a JR como um veículo para a emancipação pessoal (além das necessidades tecnocratas) ao permitir a sua implantação em contexto pós-sentencial e penitenciário, onde, por exemplo, já não se evita uma condenação, nem a celeridade do processo.

CAPÍTULO III – JUSTIÇA RESTAURATIVA NA PERSPETIVA DE HABERMAS

1. Nota introdutória à Filosofia de Habermas

Jürgen Habermas⁶⁷ (1929 -) é um dos principais filósofos europeus da atualidade e o expoente máximo da segunda geração da Escola de Frankfurt⁶⁸. Pode ser considerado como um filósofo de sistema, na medida em que pretende construir uma teoria que explique o mundo e que fundamente o nosso conhecimento. Para tal, Habermas reconstrói toda a tradição filosófica e sociológica, desde de Kant até aos dias de hoje. Numa reconstrução que tenta ser uma espécie de síntese e, ao mesmo tempo, uma reformulação original da modernidade⁶⁹, envolvendo vários domínios da Filosofia⁷⁰. Assim, as suas ideias pretendem redefinir aquilo que os teóricos clássicos da sociedade⁷¹ desenharam, de forma a recuperar e dar continuidade ao projeto Iluminista⁷². Desta maneira, Habermas desenvolve o que chamamos de uma Teoria Crítica da Sociedade⁷³.

⁶⁷ Sobre a obra e biografia vide HUISMAN, Denis, *Dictionnaire des philosophes*, vol.1, Paris, PUF, 1984, pp. 1123 e ss.; CRAIG, Edward, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol.4, New York, Routledge, 1994, pp. 193 e ss., AA.VV, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de Monique Canto-Sperber, Paris, PUF, 1994, pp. 628 e ss., AA.VV, *Logos encyclopedia luso-brasileira de filosofia*, vol.2, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1990, p. 981.

⁶⁸ Para uma elucidação sobre acerca da Escola de Frankfurt Cf. GORDÓN, Juan Manuel, MARTÍNEZ, Tomás, *História da Filosofia Dos pré-socráticos à Filosofia Contemporânea*, Lisboa, Edições 70, 2016, pp. 751 e ss.

⁶⁹ Desde os seus primeiros trabalhos que Habermas procurou redesenhar o processo de modernização a partir do capitalismo tardio. Cf. LENO, Danner, “Habermas e a ideia de continuidade reflexiva do projecto de Estado de bem-estar social”, *Análise Social*, XLIX, N.º 212, 2014, p. 574.

⁷⁰ A título exemplificativo, a filosofia social alemã, a hermenêutica, aspetos da filosofia da linguagem e do pragmatismo.

⁷¹ Designadamente Marx, Marcuse, Weber, Durkheim, Mead, Parsons, Adorno e Horkheimer.

⁷² Habermas, ao considerar a modernidade como um projeto inacabado, opõe-se a Adorno, que viu o iluminismo com imenso ceticismo e desconfiança. Para Habermas, o projeto moderno consistiu no esforço de intelectuais em construir a ciência objetiva, a lei, a moral e a autonomia da arte, de acordo com a lógica interna para cada um destes domínios cognitivos, esquecendo-se da organização racional da vida quotidiana. A racionalidade do ponto de vista da organização da vida humana é o ponto nuclear na Teoria Crítica da Sociedade de Habermas.

⁷³ Sobre a diferença entre uma teoria tradicional e uma teoria crítica, Cf. GORDÓN, Juan Manuel, MARTÍNEZ, Tomás, *História da Filosofia Dos pré-socráticos à Filosofia Contemporânea*, Lisboa, Edições 70, 2016, pp. 751 e ss.

1.1. Sumário e conclusões

Nesta pequena nota, pretendeu-se apenas elucidar para a opulência da obra habermasiana. Para o autor, o objetivo da filosofia deve ser propor uma análise formal das condições de racionalidade e isto não permite mais abrigar esperanças ontológicas de chegar a teorias substantivas acerca da natureza, da história ou da sociedade, como numa filosofia ontológica ou primeira. A autorreflexão de Habermas acerca do papel da filosofia levou-o a consolidar uma argumentação coerente em torno dos núcleos temáticos mais sólidos, como a Lógica, a Filosofia das Ciências, a Teoria da Linguagem, Filosofia da Ação, com vista a dar continuidade ao projeto iluminista e assim construir uma Teoria Crítica da Sociedade. É neste mesma Teoria onde se encontram notas interessantes sobre o que aqui nos prende, designadamente a Teoria da Ação Comunicativa.

2. Motivações epistemológicas habermasianas

Habermas considera ainda vivo, na tradição da modernidade, o carácter emancipatório da racionalidade⁷⁴, que serviu de base e fundamento do Iluminismo. Nesse sentido, desenvolve um conceito específico de racionalidade⁷⁵ e tenta incorporá-lo no interior de um quadro conceptual neomarxista, negando contudo o positivismo que caracterizou o marxismo clássico⁷⁶. Para o autor o positivismo⁷⁷ contaminou parte do marxismo, na medida em que foi responsável pela criação do sistema técnico-científico que influenciou a política, a indústria, a administração económica, a sociologia e até a própria filosofia. A ciência e a técnica são a principal força produtiva de hoje, e nessa medida o primeiro alvo da Teoria Crítica da Sociedade deve ser o positivismo⁷⁸ – aquela deve ser capaz de revolucionar a sociedade e libertar-nos do controlo que o poder do sistema técnico-científico estabelece nas diversas dimensões do conhecimento humano e, consequentemente, nas suas ações. Paralelamente a este objetivo, Habermas percebe a filosofia como um saber especializado no universo dos diversos tipos de conhecimentos, com os quais ela deverá estabelecer uma relação de cooperação interdisciplinar.

⁷⁴ Cf. MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém de Habermas Face a Derrida”, *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, vol. 39 (1-2), 1999, p.12.

⁷⁵ A racionalidade pode ser entendida como uma característica dos sujeitos capazes de linguagem e ação. Manifesta-se, assim, em modos de comportamento. Podemos chamar de racional a uma pessoa que interpreta as suas necessidades ou inquietações à luz de modelos valorativos aprendidos na sua cultura; mas, sobretudo, quando é capaz de adotar uma atitude de reflexão face a esses mesmos modelos valorativos. Os valores culturais, a diferença das normas da ação na própria cultura, não se apresentam, assim, como uma pretensão de universalidade, pois estão expostos à crítica. Os valores são passíveis de interpretações e podem, por conseguinte, sofrer flutuações. O reconhecimento intersubjetivo do objeto em torno dos valores culturais, não implica de modo algum uma pretensão de aceitabilidade universal. Daí que os argumentos que servem para justificar modelos de valores, nem sempre cumpram as condições de discurso teóricos ou práticos, como é o caso paradigmático da crítica Estética. Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 44 e ss.

⁷⁶ Marx tinha chamado à sua filosofia de “materialismo” para opor-se ao idealismo de Hegel, mas o termo não tinha qualquer referência às correntes positivistas. Foi Engels quem procurou relacionar o marxismo com o positivismo. Cf. ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*, Volume X, Lisboa, Editorial Presença, 1970, pp. 74 e ss. Sobre a emergência do positivismo e as suas implicações, vide GORDÓN, Juan Manuel, MARTÍNEZ, Tomás, *História da Filosofia Dos pré-socráticos à Filosofia Contemporânea*, Lisboa, Edições 70, 2016, pp.474 e ss.

⁷⁷ No positivismo podem distinguir-se duas formas históricas fundamentais: o positivismo social de Saint-Simon, Comte e Stuart Mill, nascido da exigência de constituir a ciência como base de uma nova ordem social e religiosa unitária; e o positivismo evolucionista de Spencer, nascido da exigência de justificar o valor da ciência com uma misteriosa realidade infinita que seria o seu fundamento. Sobre a história do positivismo social, vide ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*, Volume X, Lisboa, Editorial Presença, 1970, pp. 167 e ss.

⁷⁸ Sobre o fracasso do positivismo, vide GORDÓN, Juan Manuel, MARTÍNEZ, Tomás, *História da Filosofia Dos pré-socráticos à Filosofia Contemporânea*, Lisboa, Edições 70, 2016, p. 719.

Contudo, rejeita a busca por uma fundamentação epistemológica última ou qualquer outra tentativa de construir uma filosofia primeira. Inversamente a filosofia deve cooperar com as outras ciências, designadamente com aquelas que estudam a linguagem, o juízo e a ação⁷⁹. Também, contrariamente ao papel da filosofia kantiana⁸⁰, Habermas atribui à Filosofia um papel duplo⁸¹: (1) por um lado deve servir de alavanca para a inovação teórica e, ao mesmo tempo, (2) ser intérprete da vida quotidiana. Portanto, a Filosofia converte-se em crítica, que deve examinar a razão, ou a não razão, de todo o concreto concebível e reunir peças que estejam dispersas, a fim de atribuir um significado mais racional e próximo do que podemos entender como uma síntese entre ideias por vezes difíceis de conciliar. Habermas presume que é através desta cooperação crítica, entre a Filosofia e os diversos domínios da sociedade, que a Teoria Crítica da Sociedade deve emergir. O interesse desta Teoria é dar um significado à modernidade ou, se preferirmos, ao processo de modernidade. Isto é, conceptualizar primeiramente aquilo que se apresenta nos fenómenos sociais, para depois atribuir um *dever ser*, ou uma ética, sob a forma de uma ação prática. É na Teoria da Ação Comunicativa, que veremos mais baixo, onde são estabelecidos os princípios pelos quais a linguagem e a razão se devem nortear para o surgimento de uma nova narrativa social.

⁷⁹ Segundo Habermas, o papel da Filosofia transformou-se em metafilosofia, pois passou a questionar-se a si própria. Perguntando qual era o seu verdadeiro papel numa sociedade de progresso tecnológico e científico. Esta autorreflexão, levou-a a consolidar uma argumentação coerente em torno de vários núcleos temáticos. O objetivo da Filosofia propõe uma análise formal das condições de racionalidade e isto não lhe permite agora considerar esperanças ontológicas de chegar a teorias substantivas acerca da natureza, da história ou da sociedade, por exemplo. A Filosofia, ao abandonar a sua referência à totalidade, perdeu também a sua autonomia e, por conseguinte, definiu uma nova relação entre si e ciência. A partir daqui, resulta o seu carácter de cooperação. Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 23 e ss.

⁸⁰ Podemos dizer que a Filosofia Kantiana visa submeter tudo à dúvida absoluta até ao momento em que a razão obrigue forçosamente a admitir uma ideia. Vide GOMBROWICZ, Witold, *Curso de Filosofia em seis horas e um quarto*, Lisboa, Toodolito, 2.º ed, 2012, p.9. Já em Habermas, a Filosofia visa submeter à comunicação até ao momento em que o entendimento obrigue forçosamente a admitir uma ideia.

⁸¹ Francis Bacon na sua obra *Novum Organon*, apresenta uma metáfora interessante, relativamente ao papel da Filosofia, que em parte não deixa de se poder articular à ideia de Filosofia no pensamento habermasiano: “Aqueles que se ocuparam das ciências foram ou Empiristas ou Dogmáticos. Os Empiristas, à maneira das formigas, apenas amontoam e consomem; os Racionalistas, à maneira das aranhas, tecem teias a partir de si próprios: mas o método da abelha situa-se a meio, já que recolhe a matéria das flores dos jardins e dos campos, mas transforma-a e digere-a através de uma faculdade que lhe é própria. E não é diferente o verdadeiro trabalho da filosofia; não se alimenta apenas ou principalmente das forças da mente, nem deposita intocável, na memória, a matéria que lhe é fornecida pela história natural ou pelas experiências mecânicas, mas antes no entendimento, uma vez modificada e transformada. Assim, de uma aliança mais estreita e respeitada entre duas faculdades, a experimental e racional, aliança que até agora ainda não foi conseguida, algo de bom é de esperar.” Cf. ECHEVERRÍA, Javier, *Introdução à Metodologia da Ciência*, Coimbra, Almedina, 2003, p.7.

Posto isto, podemos definir esta perspectiva de Habermas como uma tentativa de articular linguagem e racionalidade com uma ética, que por sua vez origina a Teoria Crítica da Sociedade ou da modernidade⁸² – teórica, mas ao mesmo tempo prática, o mesmo é dizer, uma teoria que seja justificativa e explicativa; portanto, com interesse emancipatório.

⁸² Vide MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém...”, *Op. Cit.*, p. 22.

2.1. Sumário e conclusões

Neste ponto procedeu-se a uma pequena análise acerca da legitimação teórica de Habermas na elaboração da sua Teoria Crítica da Sociedade. Ficou-se a saber que o positivismo inerente à Racionalidade, que marcou a emergência do empirismo lógico, contaminou o poder de emancipação daquela. É perfeitamente compreensível que Habermas conclua isto, até porque, é a partir daqui que vai justificar e explicar a fundamentação de uma racionalidade comunicativa em detrimento de uma racionalidade instrumental; pois é a partir da comunicação que emancipação será possível. Para o autor a racionalidade inscreve-se na capacidade de cada um de nós, seres racionais, adotarmos uma atitude de reflexão face aos próprios valores culturais, resultando a partir daí a propriedade da tal emancipação consubstanciada pela razão, que não deixa de ser cúmplice do aforismo iluminista acerca da mesma. A Filosofia torna-se neste sentido em metafilosofia, isto é, numa reflexão sobre si mesma e em comunicação com todos os outros ramos do saber. É interessante perceber que a definição dada por Habermas à Filosofia seja a essência de toda a sua epistemologia. Isto é, que o verdadeiro conhecimento é aquele que emerge da reflexão e comunicação, acrescentando nós, com vista ao entendimento; sendo este último a síntese do mesmo, ou a ação prática. O que significa isto? Que a linguagem e a razão com vista ao entendimento deduzem uma ética habermasiana, neste caso, uma ética do discurso. Em sede de JR a ética do discurso deve ser a *pré-decisão* e não o acordo, isto se quisermos optar por uma JR com enfoque no processo intersubjetivo com vista ao entendimento fora do sistema e dentro do Mundo da Vida das partes. É neste processo onde a vítima e o ofensor encontram o seu verdadeiro *eu*, através da interseção do *olhar* de ambos.

3. O interesse habermasiano

Habermas parte do princípio de que todo o conhecimento é dirigido por interesses. Mas, contrariamente a Marx, não o reduz à esfera da produção coletiva, onde seria transformado em ideologia⁸³, nem aos conflitos inerentes à luta de classes. Entende por seu turno, que o conceito de ação social marxista – o conceito de *praxis*⁸⁴ enquanto trabalho –, defendido também pela anterior Escola de Frankfurt, deve ser substituído por outro tipo de interesse, o da ação comunicativa⁸⁵. É na Teoria da Ação Comunicativa que fundamenta simultaneamente os discursos das ciências sociais e a solução para as dificuldades do discurso filosófico moderno. Desta maneira, a comunicação substitui o trabalho como ação humana e possibilita o fundamento da Teoria Crítica da Sociedade⁸⁶.

O conceito habermasiano de interesse é muito amplo e surge dos conflitos que a humanidade enfrenta e a que tenta dar resposta; portanto, podemos dizer que a substância do interesse em Habermas está no próprio devir das relações imanentes da sociedade. Estes interesses são estruturados por processos de aprendizagem e entendimento mútuo, isto é, dependem obviamente do conhecimento e dos seus respetivos processos. Para Habermas existem vários tipos de interesses⁸⁷, mas são os designados de emancipatórios, ou libertadores, que devem servir de catapulta para a ética da modernidade. Estes articulam-se com a reflexão das próprias teorias sociais e do pensamento filosófico. A *metareflexão* pode converter-se então em ciência e ser capaz de transformar todas as outras. Assim, “(...) na força da autorreflexão, o conhecimento e o interesse são uma só coisa(...)”⁸⁸. Esta unidade verifica-se no diálogo que deve existir entre ambos, com o objetivo de dar à luz uma racionalização desinteressada, isto é, não ideológica. Neste sentido, Habermas afirma que “(...) só

⁸³ Para Habermas, quando a racionalidade se serve de uma ideia para mascarar os motivos reais das nossas ações, no plano da ação coletiva, chama-se ideologia. Cf. HABERMAS, Jürgen, *Técnica e Ciência como “Ideologia”*, Lisboa, Edições 70, 2015, pp. 140 e s. Portanto, os interesses ideológicos, caracterizam-se por ocultar os mecanismos de repressão e por rejeitar qualquer exame sobre as suas próprias pretensões de validade.

⁸⁴ No sentido do conjunto de ações práticas que permitem ao Homem transformar em conjunto o mundo e ele próprio. Segundo Marx, o pensamento deve materializar-se na ação e a ideia deve transformar-se numa força histórica.

⁸⁵ Cf. MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém...”, *Op. Cit.*, p. 13.

⁸⁶ Cf. MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém...”, *Op. Cit.*, p. 19.

⁸⁷ Para uma elucidação acerca dos interesses habermasianos, ver HABERMAS, Jürgen, *Técnica e Ciência como “Ideologia”*, Lisboa, Edições 70, 2015, pp. 144 e ss.

⁸⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen, *Técnica e Ciência como...*, *Op. Cit.*, p. 144.

numa sociedade emancipada, que tivesse levado a cabo a maioria dos seus membros é que a comunicação se desdobraria em diálogo, livre de dominação, de todos com todos, ao qual vamos sempre já buscar tanto o padrão de uma identidade do eu reciprocamente constituída como a ideia do verdadeiro consenso. Nesta medida, a verdade dos enunciados funda-se na antecipação da vida conseguida. A ilusão ontológica da pura teoria, por trás da qual desaparecem os interesses que guiam o conhecimento, consolida a ficção como se o diálogo socrático fosse possível em geral e em qualquer tempo. A filosofia pressupõe, desde o início, que a maioria posta com a estrutura da linguagem era não só antecipada, mas efetiva. E a teoria pura, que tudo quer obter de si mesma, sucumbe justamente ao exterior recalcado e torna-se ideológica (...)⁸⁹.

A Justiça, em termos abstratos, é sempre um interesse emancipatório, na medida em está sujeita à autorreflexão dada à sua natureza polissémica. A partir daqui, podem surgir várias teorias substantivas, que na prática podem conferir-lhe uma natureza mais positivista, ou menos, dependendo do interesse legitimador em causa. A JR surgiu precisamente da autorreflexão e questionamento acerca da Justiça convencional e nesse sentido construiu uma alternativa, que no caso fosse capaz de devolver às partes do conflito criminal o interesse de reparação através de uma racionalidade dialógica⁹⁰. Mas, como veremos infra, esse interesse deve ser mediado por um interesse eticamente universalizável. Isto mais não é do que a própria comunidade que está representada nos conflitos criminais e que em Habermas assume-se como a ética do discurso. Ou seja, pela mediação entre o Sistema e o Mundo da Vida.

⁸⁹ Vide Cf. HABERMAS, Jürgen, *Técnica e Ciência como...*, *Op. Cit.*, pp. 144 e s.

⁹⁰ A racionalidade dialógica designa uma orientação de uma pessoa racional, que interpreta as suas necessidades à luz de modelos valorativos aprendidos na sua cultura; mas, sobretudo, quando é capaz de adotar uma atitude de reflexão face a esses mesmos modelos valorativos com que interpreta aquelas necessidades. Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 44.

3.1. Sumário e conclusões

Anteriormente dissemos que a reflexão e a comunicação serviam de veículo para o surgimento de uma ação ética, que teria a forma de discurso com vista ao entendimento. Foi o que designamos de ação comunicativa que, em última instância, é a própria epistemologia de Habermas. No presente ponto, quisemos introduzir o conceito de interesse habermasiano, com vista a perceber o que quer dizer o interesse da ação comunicativa e servir também de parte introdutória para a abordagem da Teoria da Ação Comunicativa no tópico seguinte.

Para Habermas, existem vários tipos de interesses, desde logo o ideológico, que marcou o marxismo, que é quando a racionalidade se serve de uma ideia para ocultar os motivos reais das ações (pode ser o controlo político, o equilíbrio, o domínio do mercado). Aqui é interessante fazermos um paralelismo com a JR. O sistema penal que usa a JR como um apêndice para tonar a justiça mais célere, mais económica e com vista a resultados, não estão senão também a fazer um uso tecnocrata da mesma e, por conseguinte, a legitimá-la a partir de um interesse ideológico. Deduzimos que uma definição de JR focada no resultado, isto é, no acordo, também não está senão a beber da mesma fonte, porque designa o acordo como uma pré-decisão, ou seja, resultado. Há ainda aqui outra ideia fundamental e que em Habermas tem especial significado: A ideologia fundamenta-se na racionalidade teleológica ou instrumental, que no fundo é a própria emergência do Mundo do Sistema; por outro lado, o entendimento fundamenta-se na racionalidade comunicativa, que no fundo é a própria emergência do Mundo da Vida de cada sujeito. Por isso é que o principal interesse habermasiano só pode ter a sua força na autorreflexão, porque a partir dela torna-se possível fazer a mediação entre ambos os Mundos, permitindo a emancipação na sua síntese. Passando isto para a conceptualização da JR, é dizer: é possível chegar a um entendimento através do diálogo, mas convém que o interesse de cada parte deva também refletir sobre o interesse universalizável do próprio sistema penal. Ou seja, que cada parte consiga colocar-se numa posição originária rawlsiana, que nesta sede é o interesse da comunidade na tutela dos bens-jurídicos fundamentais.

4. A Teoria da Ação Comunicativa

A Teoria da Ação Comunicativa⁹¹ (*Theorie des kommunikativen Handelns*) serve de veículo para olharmos vários aspetos da nossa vida, desde problemas relacionados com a justiça, política ou até mesmo epistemológicos e estéticos. Para Habermas, a linguagem – antes de ser ideológica ou de estar orientada para exercer poder –, tem elementos cognitivos ou intelectuais que por si só apelam à racionalidade. Assim, para a compreendermos, é essencial debruçarmo-nos sobre a questão da racionalidade. Segundo o autor, a racionalidade⁹² pode seguir então duas vias: a racionalidade instrumental ou teleológica e a racionalidade comunicativa. A racionalidade instrumental, isto é, com respeito a fins, como por exemplo, o mercado ou a técnica, busca os meios para controlar e dominar a natureza. Porém, quando não existem esses ruídos ideológicos, a linguagem pode então desenvolver-se de forma livre, não para dominar, mas antes para ser entendida. Eis aqui onde Habermas encontra a substância principal da linguagem e que deve fundamentar todos os discursos no nosso saber e conhecimento, o entendimento⁹³. Numa situação ideal de fala, existe a possibilidade da linguagem desenvolver-se tal como ela é, isto é, como atividade

⁹¹A teoria da ação comunicativa reconduz-se a uma epistemologia sociológica articulada fenomenologicamente à linguagem enquanto elo sociológico fundamental. Cf. VARÃO DE AZEVEDO, Bernardo Montalvão, “Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro: À luz da teoria da ação comunicativa habermasiana”, *Ciências penais Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, Julho-Dezembro, vol.7, 2007, p. 117. O diálogo presentifica o método segundo o qual o conhecimento racional é produzido (ideia que não deixa de ser remanescente do ensinamento platónico concernente à *dialéctica*). Dentro das diversas teorias que Habermas constrói, a fim de fazer emergir um sistema integrador, que explique a semelhança dos *filósofos de sistema* um verdadeiro caminho para o conhecimento, desenvolve, em 1981, a Teoria da Ação Comunicativa (*Theorie des kommunikativen Handelns*) como uma teoria geral da modernidade Cf. MÜNSTER, Arno, *Le prince «discussion» Habermas ou le tournant langagier et communicationnel de la théorie critique*, Paris, Éditions Kimé, 1998, pp. 86 ss.. Exorta deste modo por uma mudança paradigmática: do paradigma da atividade com vista os fins (*Zwecktätigkeit*) para o paradigma do agir comunicativo - ou seja, do domínio, da ideologia e do instrumento para o entendimento e *intercompreensão*. Sendo esta última a matriz de todos os relacionamentos sociais, um veículo para a fundação de um paradigma, que só pode ser, segundo Habermas, a filosofia do Agir Comunicacional, atividade onde precisamente se deve fundar a modernidade.

⁹²A racionalidade pode ser entendida como uma disposição dos sujeitos capazes de linguagem e ação. Manifesta-se em modos de comportamento. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 47.

⁹³Atingir o entendimento, para Habermas, deve ser é a finalidade (*telos*) inerente à fala humana. A capacidade de dar boas razões às nossas pretensões de validade é o próprio núcleo da noção de racionalidade habermasiana, que assim excede a construção de verdades proposicionais, uma vez que as pretensões de validade suscetíveis de serem sustentadas por boas razões são de várias dimensões (dá-se razões não apenas para sustentar pretensões de verdade proposicional, mas também a própria correção normativa e a sinceridade expressiva). Cf. MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém...”, *Op. Cit.*, p. 14.

racional, que quando motivada para o entendimento se designa então de racionalidade comunicativa.

A situação ideal de fala promove um critério imparcial para organizar a liberdade e igualdade entre os indivíduos no discurso, pois vai permitir um olhar mais atento nos sistemas linguísticos utilizados e na reformulação teórica dos conceitos de verdade, liberdade e justiça. Aqui a linguagem⁹⁴ humana é isenta de ideologia, existindo antes asserções recíprocas entre sujeitos. Desta maneira, a linguagem apresenta principalmente dois fatores; (1) a ausência de constrangimentos externos, de modo que todos os participantes no diálogo tenham as mesmas oportunidades de realizar os seus atos de fala, (2) apenas a motivação racionalmente orientada é que pode determinar as conclusões do discurso e não quaisquer outras forças ocultas ou assimétricas. Assim, a racionalidade comunicativa é também uma situação ideal de fala⁹⁵ e, por conseguinte, um antecedente ético, que como tal deve orientar os nossos discursos e ações. Como veremos abaixo, a situação ideal de fala é quando o Sistema e o Mundo da vida se cruzam para permitir que as pretensões de validade de um e do outro, sobre determinados objetos, sejam compreendidas de modo a alcançar o consenso e o entendimento.

A existência de uma base crítica da linguagem, ou melhor, da racionalidade comunicativa, produz a possibilidade, segundo Habermas, de construir uma ética discursiva por meio da qual podem ser examinados todos os pressupostos normativos dos discursos, caso queiramos então alcançar um consenso orientado racionalmente⁹⁶. Assim, perante pretensões de validade de um determinado discurso prático, a preocupação crítica deve ser também para com os interesses que possam ser universalizáveis e não apenas para com aqueles meramente individuais. Ora, no âmbito

⁹⁴ A linguagem não é algo meramente formal e externo, senão uma estrutura que articula regras de ação e sentidos partilhados por todos os membros da sociedade de comunicação, introduzindo nos sujeitos, papéis, normas e símbolos, ao mesmo tempo que atua como elemento mediador na interação dos indivíduos.

⁹⁵ Os valores culturais não são válidos universalmente, restringem-se, ao horizonte de um determinado mundo de vida. Só nos discursos teóricos, práticos e explicativos têm que partir dos participantes na argumentação do pressuposto de que se cumpre com suficiente aproximação as condições de uma situação ideal de fala. Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 70.

⁹⁶ A ideia principal de Habermas, é partir do pressuposto de que há um elemento idiosincrático de validade na racionalidade comunicativa, que se reproduz pela linguagem, diferente do da validade patente na racionalidade instrumental, também ela reproduzida numa forma específica de linguagem. É por isso que Habermas se dedicou tanto à filosofia analítica, da linguagem e da ciência, de modo a poder usá-las como fundamento compreensivo para a sua Teoria Crítica da Sociedade, que é sobretudo uma Teoria da Racionalidade.

da JR, a exigência de prevenção geral que se faz sentir e, portanto, que se coaduna com a presença da comunidade no conflito criminal, pode ser colmatada caso a discussão seja orientada racionalmente por uma ética de discurso. Isto significa que o interesse racional no diálogo, entre a vítima e agressor, deve considerar aquilo que pode ser universalizável no discurso comunitário, desdobrando-se assim num discurso ético. Por exemplo, o agressor responsabilizar-se pelo evento criminal e, por sua vez, a vítima reconhece o agressor como um agente com dignidade. Habermas define a sua ética do discurso como uma versão do imperativo categórico de Kant, mas sem as pretensões metafísicas do kantismo, como por exemplo, a necessidade de uma subjetividade absoluta autónoma, mas antes com uma noção de pretensões intersubjetivas de validade. A ética discursiva de Habermas possui a forma de uma teoria da argumentação⁹⁷ moral e possui quatro características essenciais. É (1) deontológica, (2) cognitiva, (3) formal e (4) universal. Deontológica na medida em que é uma ética do dever e não da utilidade ou do prazer; cognitiva, já que as normas podem ser racionalmente fundamentadas; e formal, pela preocupação com a racionalidade inerente ao mecanismo de justificação das normas e não com o conteúdo concreto das mesmas. Diz-se ainda universalista, uma vez que as normas fundamentadas de um discurso ético têm que ser universais, no sentido de serem imparciais e justas. Isto significa que ação comunicativa exhibe uma racionalidade intrínseca que o agente deve poder justificar, ou seja, o discurso ético. Segundo Habermas a ação comunicativa impõe aos seus participantes uma orientação para as exigências de validação⁹⁸, portanto mais próximas da verdade⁹⁹, tornando assim

⁹⁷A Teoria da Argumentação tem um significado muito especial na Filosofia, pois é ela quem tem a tarefa de reconstruir as proposições e condições pragmático-formais do comportamento explicitamente racional. Chama-se de argumentação o tipo de fala em que os participantes tecem pretensões de validade opostas e tentam aceitá-las ou recusá-las através de argumentos. Um argumento contém razões que estão associadas de forma sistemática com a pretensão de validade da manifestação problematizada. A força de uma argumentação se mede no contexto dado pela sua pertinência das razões. O tipo de argumentação depende do objeto de argumentação. Cf HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 42 e ss. Assim, os participantes na argumentação tratam de decidir com razões as pretensões de validade problematizadas. É a técnica de argumentação que também vai aproximar os seus participantes de uma condição ideal de fala.

⁹⁸ As naturezas das manifestações determinam-se pelas pretensões de validade que implicitamente estão patentes nas mesmas: a verdade, a correção normativa, a adequação e a inteligibilidade. Como deve ser essa validade? Em primeiro lugar, as pretensões de validade devem ser inteligíveis e verdadeiras, assim como sinceras e finalmente, mas não menos importante, devem ser corretas no contexto da norma e valores existentes (pretensão da correção normativa). Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 66.

⁹⁹ O conceito de verdade proposicional é, com efeito, demasiado estreito para cobrir todo aquilo que os participantes numa argumentação, podem pretender como válido num sentido lógico. Daí que a teoria da argumentação tenha que dispor de um conceito mais amplo de validade, não se restringindo somente à verdade como proposição (mas também à correção normativa, a adequação e

possível uma acumulação de saber que transforma o mundo, porque nesta perspetiva a verdade será sempre uma construção social aliada à interação, equacionando-se um modelo construtivista de moral habermasiana. Desta maneira, de acordo com a ética do discurso, uma manifestação de uma ideia torna-se numa pretensão de validade, quando as partes a concluem (ou possam concluir), enquanto participantes de um discurso prático através do entendimento. Quando há um acordo quanto à validade dessa mesma ideia ou injunção, como, por exemplo, o ofensor praticar um trabalho em favor da comunidade. Assim, toda a situação de fala vai gerar expectativas de validade, ou seja, o emissor vai pretender que seus argumentos convençam o recetor e vice-versa. É isto que se passa na dialética da mediação penal. Em primeiro lugar, para que ocorra interação, é preciso que o conteúdo das falas seja assimilado entre os sujeitos da comunicação, quer em termos de compreensão formal, como, por exemplo, o entendimento da língua, das palavras, dos seus significados e dos seus códigos; quer em termos da compreensão de conteúdo ou de veracidade, isto é, por exemplo, se a fala está fundamentada com argumentos corretos por parte da vítima ou ofensor. Deduz-se que na mediação penal, quando as situações de fala geram ainda mais conflito, estabelece-se uma perturbação na possível chegada ao consenso. O motivo do conflito pode ter a sua origem no questionamento de uma ou mais expectativas de validade (compreensão, veracidade, verdade, validade, sinceridade), conforme já exposto. As perturbações geradas quanto à compreensão formal podem ser problematizadas e resolvidas no próprio contexto da situação de fala através do *feedback*. Já as expectativas de conteúdo ou substantivas, por serem mais profundas, necessitam que a argumentação seja interrompida e buscadas provas no discurso teórico ou prático, relativamente às falhas quanto as pretensões de verdade ou validade da fala da parte em questão. O impasse pode ser superado por uma das seguintes vias: ou partindo-se para a ação estratégica (uso do poder, da autoridade) o que não cabe nos programas de JR, até porque, como vimos, isso vai contra aos seus próprios princípios; ou dando à ação comunicativa a forma de discurso ético, que é um tipo de ação comunicativa que se estabelece quando o entendimento está temporariamente suspenso. O discurso pode ser teórico, quando problematiza a validade de uma afirmação sobre fatos; ou prático, quando problematiza a justiça de uma norma

à inteligibilidade). Assim, para apoiar uma pretensão de verdade evoca-se boas razões. As boas razões podem ser colocadas em causa pelos outros e muitas vezes as partes são obrigadas a mudar de posição. Os argumentos variam segundo os contextos de ação. Os contextos de ação podem ser as próprias instituições. Vide HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, Op. Cit., pp. 57 e ss.

ou de um sistema normativo. Por exemplo, caso a vítima pretenda que o ofensor siga uma injunção contra aos seus direitos fundamentais, existe aqui uma problematização de discurso prático, ou seja, acerca da validade de uma norma. Quando a situação remete para um discurso teórico, ou seja, sobre fatos – que neste sede significa dizer que uma das partes não concorda que determinado evento que tenha levado até ali corresponda à verdade –, a solução é problematizar através do discurso teórico, sendo aqui que o mediador pode ter um papel central, como facilitador do discurso teórico.

4.1. Sumário e conclusão

Ficou-se a saber diferenciar os dois tipos de racionalidade habermasiana, a saber, a instrumental e a comunicativa. Aqui tentou-se sobretudo perceber as condições que facilitam o acesso e consequente emergência da racionalidade comunicativa, pois é esta que achamos estar mais próxima dos verdadeiros ideários da JR e, também, porque para Habermas, atingir o entendimento deve ser a finalidade inerente à fala humana.

A linguagem apela à racionalidade, por uma ordem racional, digamos assim, e é precisamente esta característica que ao ser esmiuçada estabelece os princípios orientadores da própria racionalidade comunicativa, que é uma linguagem racional orientada para o entendimento, e não para controlar ou dominar. Para a concretização do entendimento convém que os participantes estejam numa situação ideal de fala. Por este motivo é que a racionalidade comunicativa é também uma situação ideal de fala e por conseguinte, também a mediação penal, pois apela desde logo a um compromisso de igualdade entre ambas as partes, daí os seus próprios princípios orientadores que a enformam. Podemos até dizer, num plano mais abstrato, que a situação ideal de fala é quando o Sistema e o Mundo da vida se cruzam para permitir que as pretensões de validade de um e do outro, sobre determinados objetos, sejam compreendidas sob o princípio da igualdade e liberdade dos participantes, de modo a alcançar o consenso e o entendimento. Aliás, ainda, arriscamo-nos mesmo a dizer, que sem a situação ideal de fala dificilmente existiria a Teoria da Ação Comunicativa. A situação ideal de fala vai permitir que as partes envolvidas no diálogo tenham as mesmas oportunidades de manifestação e que a motivação de ambas seja o mais possível racionalmente orientada, de modo a que as conclusões do discurso não possuam forças ocultas ou assimétricas de poder. Para tal, também é preciso nortear a comunicação por uma ética de discurso, que mais não é do que uma espécie de consciência moral acerca dos princípios universalmente válidos. Quer isto dizer que a construção de verdade entre as partes deve, num discurso racional, ser sustentada por boas razões; isto é, pela correção normativa, sinceridade expressiva, e lógica sobre aquilo que é dito. Ora, em sede de JR, a ética de discurso para além de sustentar a validade das pretensões em termos formais, também tenta mediar o Mundo da Vida das partes e aquilo que é universalmente válido no Sistema de justiça tradicional; sendo o que se pode designar de *conteúdo do discurso* e que, não é isento de moral. Daqui resulta a construção da verdade das partes quanto ao

conflito, que servirá de catapulta para um entendimento ou não. A verdade constrói-se assim na intersubjetividade, mas não é inteiramente relativa ou anárquica. O diálogo com vista ao entendimento deduz uma ação comunicativa de, acrescentamos nós, *dever ser*, não só tendo atenção para com os direitos fundamentais universais de ambas as partes, como também para com as exigências de prevenção gerais e especiais, para não falar na própria correção normativa das pretensões. Posto isto, concluiu-se que existem perturbações no processo dialógico quanto à compreensão formal e também de conteúdo (aqui sobretudo do Mundo da Vida da vítima e do ofensor). Constatou-se que estes obstáculos podem ser ultrapassados através de uma ação instrumental (por exemplo através do uso da autoridade, neste caso, através do papel do mediador), tendo-se visto contudo que tal ação é antagónica face aos próprios princípios da JR. Por outro lado, a ação comunicativa pode reestabelecer o diálogo quando o entendimento fica temporariamente perturbado, através da ética do discurso.

5. O Sistema e o Mundo da Vida

Tal como Marx e Weber, Habermas olha para a sociedade moderna como um processo de racionalização crescente, que permite a coordenação dos diferentes interesses das esferas sociais, sejam públicas ou privadas, porém sem fazer retroceder as conquistas democráticas atinentes aos direitos, liberdades e garantias individuais. Para além de considerar a esfera pública e privada como essenciais para definir o carácter da dinâmica moderna, Habermas propõe uma dicotomia paralela, que no fundo significa dizer que, no interior das sociedades hodiernas complexas, há uma diferença entre dois níveis estruturais; a saber, o Sistema e o Mundo da Vida¹⁰⁰.

As ações sociais são coordenadas, em primeiro lugar, por normas e valores comunicativamente estabelecidos que têm origem no Mundo da Vida. As ações coordenadas no Mundo da Vida, cujo padrão é a ação comunicativa e não a ação instrumental, não visam a ideologia, mas a intersubjetividade e o entendimento.

Isto designa uma racionalidade substantiva, uma preocupação com a validade e correção das normas e valores vigentes numa determinada comunidade, como resultado de um consenso social. Esta validade deve ser distinta da de racionalidade instrumental (manipulativa) – na qual o ideal da razão iluminista precisamente degenerou com a afirmação do positivismo.

O sistema funciona de acordo com a racionalidade instrumental, isto é, como vimos, com respeito a fins, como por exemplo o mercado. Para Habermas este tipo de ação teleológica corresponde ao conceito marxista de trabalho. A racionalidade é ali instrumental, na medida em que busca os meios para controlar e dominar a natureza¹⁰¹. O Sistema assegura várias esferas consideradas como válidas e necessárias para a reprodução material e institucional, como a própria Justiça. Já o Mundo da Vida é considerado o *habitat* natural dos espaços sociais das instituições sociais, e tem como objetivo o entendimento. Orienta-se pela ação comunicativa, que é a interação linguisticamente mediada, que possibilita pensar e analisar as relações sociais quotidianas tendo em conta os significados de cada ator social. Postula a ação com base

¹⁰⁰ Sobre os conceitos: CF. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 636 e ss.

¹⁰¹ O Mundo do Sistema orienta-se pela ação instrumental ou estratégica, sob a forma de ação técnica que aplica, racionalmente, meios para a obtenção de fins, através do uso do poder económico e político. O objetivo central do sistema é o êxito, o sucesso, a dominação.

no entendimento mútuo, através da linguagem, com recurso a sentimentos, expectativas, desaprovações, enfim, procurando as denominadas zonas de consenso. Estes dois mundos interpenetram-se e dependem, em princípio, um do outro¹⁰².

Habermas pensa que uma das patologias da modernidade é a colonização do Mundo da Vida pelo Mundo do Sistema. A estratégia da ação instrumental do sistema invade os espaços do Mundo de Vida e *expulsa* a ação comunicativa. Os principais valores do sistema prendem-se com o poder e o sucesso e gradualmente vão *minando* o Mundo da Vida e desacreditando os valores e significados informais das relações sociais. É precisamente a Teoria da Ação Comunicativa, que vimos acima, que defende a descolonização do Sistema no Mundo da Vida. Assim, a ação comunicativa serve para conter o Sistema em espaços delimitados e colocado ao serviço do Mundo da Vida, isto é, da sociabilidade, da espontaneidade, da solidariedade, da empatia e cooperação, com base na ação comunicativa. Ou seja, o sistema deve ser questionado na intersubjetividade e assim construído. E foi precisamente desse questionamento que JR se afirmou, de um processo lógico da própria modernidade em sede de Justiça.

¹⁰² Sobre as relações entre Mundo da Vida e Sistema, Vide HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 840.

5.1. Sumário e conclusões

O mais importante neste ponto foi aferir dois conceitos habermasianos fundamentais para a compreensão da forma como se podem cruzar com a JR. O conceito de Mundo da Vida e de Mundo do Sistema. Para Habermas, numa visão macrossocial, são estruturas que se cruzam e dão origem à própria História, porque esta inscreve-se num processo de conflito entre o Sistema e o Mundo da Vida.

O Mundo da Vida rege-se por uma ação comunicativa. Ou seja, pela interação linguisticamente mediada, que permite refletir e analisar as relações sociais quotidianas, considerando os significados de cada ator social. Numa visão microsocial a vítima e o ofensor são atores sociais que procuram zonas de consenso no processo alternativo de resolução de conflitos, como é o caso da mediação penal. O Sistema e o Mundo da Vida não se excluem mutuamente, mas constroem-se a partir do dever ser e ser, ou seja, da ética de discurso e dos princípios universais atinentes às exigências de prevenção que se fazem sentir quando uma normal penal é violada.

CONCLUSÃO

A Justiça, enquanto uma das manifestações da administração do poder público, emerge do Sistema para o Mundo da Vida de todos nós. A ação racional da Justiça Restaurativa circunscreve-se num paradigma diferente do da ação racional da justiça convencional, tanto na forma de olhar o conflito, como na maneira de reparar o mesmo. Partindo desta base, a ação racional da Justiça Restaurativa presentifica valores que se identificam com aspetos da teoria da ação comunicacional de Habermas. Neste trabalho argumentou-se que a Justiça Restaurativa, dada a sua natureza, é idónea a articular as finalidades da pena do Sistema ao Mundo de Vida dos atores de um conflito criminal, através de uma situação ideal de fala e de uma ética do discurso.

Devido às várias distorções que podem existir no processo dialógico e consequentemente na linguagem, quer por parte da vítima, quer por parte do ofensor, nem sempre é possível alcançar um consenso. Nos diversos programas de Justiça Restaurativa isso é ainda mais evidente, até porque estamos lidar com conflitos que têm um grande impacto emocional em ambas as partes. Contudo, deduz-se que uma racionalidade comunicativa pode facilitar a maneira de como as partes dialogam, através de uma ética de discurso com enfoque no Mundo da Vida dos seus participantes, mas que ao mesmo tempo, articule as exigências preventivas do sistema penal. A Justiça Restaurativa, especialmente sob a forma de mediação penal, torna-se assim um mediador informal entre o Mundo de Vida e o Sistema, ou seja, um mediador entre a intersubjetividade e os princípios universalizáveis de direitos, liberdades e garantias.

No âmbito da Justiça Restaurativa, a ideia de justiça como equidade, permite olhar o acordo das partes, como um consenso, cuja síntese está entre o reconhecimento, quanto ao pano de fundo do dever ser (direitos fundamentais, exigências preventivas) e a intersubjetividade do Mundo da Vida de cada um. Assim, a Justiça Restaurativa é também uma justiça com equidade. A nosso ver, não faz sentido entendermos a reparação orientada apenas para a vítima, mas também para o ofensor, porque o processo é necessariamente mútuo e dialético. Concluiu-se também que uma definição de JR centrada no acordo retira a mais-valia do *processo em si*. Desta maneira, deduziu-se fazer mais sentido optar por uma definição minimalista de JR. Daí que tivéssemos também chegado à conclusão de que com aquela definição, a JR tornava-se um mediador entre o Mundo do Sistema e o Mundo da Vida, já que não via o acordo como

uma *pré-decisão* entre as partes definido pelo sistema, mas como uma hipótese de concretização no processo. As partes de um conflito, antes de procurarem um resultado, devem primeiramente fundamentá-lo de significado, o mesmo é dizer, torna-lo válido, com objetivo de este ter sentido e para alimentar as próprias exigências-preventivas, o mesmo será dizer que, os resultados tecnocratas ou putativos, não restabelecem o que é procurado com os programas de JR, designadamente com a mediação penal. A mediação penal que valoriza mais o resultado do que o processo em si, reconduz-se a um conjunto de técnicas que visam melhorar a mecânica do sistema de justiça tradicional. Por outro lado, uma mediação penal fundamentada numa racionalidade comunicacional constrói na intersubjetividade das partes a verdade, e não partir do exercício de poder do Sistema, que a torna numa verdade oficial e material. Na racionalidade comunicacional, a verdade tem o significado dentro de cada Mundo da Vida dos participantes envolvidos.

A mediação penal é a principal manifestação da JR e foi a adotada pelo nosso legislador. Assim, tornou-se imprescindível falar-se um pouco sobre ela. Deduziu-se que o sentido da mediação ultrapassa qualquer uma das vantagens utilitaristas que possa vir a ter para o sistema penal (racionalidade instrumental). Assim, considerou-se que a mediação é um processo que visa uma reparação para ambas as partes. O diálogo com vista ao entendimento, confere a possibilidade da vítima ser reparada, quer em termos materiais ou imateriais, mas também a possibilidade do ofensor responsabilizar-se e consciencializar-se para com o seu ato, o que reafirma as exigências de prevenção especial. Assim, a reparação atinente à mediação, também é emancipadora para a ressocialização do ofensor. Esta consideração fez-nos, mais uma vez, preferir adotar uma definição de JR centrada no processo e não no resultado. Se partirmos do uso não comunicativo de uma saber proposicional em ações instrumentais, como por exemplo, “sou criminoso porque cometi um crime”, estamos tomando uma *pré-decisão* em favor de um conceito de racionalidade instrumental. Mas, pelo contrário, se partirmos do uso comunicativo do saber proposicional em atos da fala, estamos tomando uma *pré-decisão* em favor de um conceito de racionalidade mais amplo, que enlaça com a própria ideia de racionalidade e aproxima os seus participantes do Mundo da Vida.

O mediador é a ponte entre as partes daquilo que é universalizável pela consciência coletiva, daí fazer sentido caber a este a tarefa de facilitador de uma situação ideal de fala com vista ao entendimento (isto pode ter alguma relação com o facilitar que antes do encontro da mediação as partes estejam o mais próximas possíveis da posição

originária de Rawls). Deduziu-se então, que a pré-mediação poderia ser a fase idónea para este efeito, com consequências práticas no discurso ético.

A linguagem e a razão com vista ao entendimento deduzem uma ética habermasiana, neste caso, uma ética do discurso. Em sede de JR a ética do discurso deve ser a *pré-decisão* e não o acordo, isto se quisermos optar por uma JR com enfoque no processo intersubjetivo com vista ao entendimento fora do sistema e dentro do Mundo da Vida das partes. Ora, no âmbito da JR, a exigência de prevenção geral que se faz sentir e, portanto, que se coadunam com a presença da comunidade no processo de resolução do conflito, pode ser colmatada se a discussão for racionalmente orientada por uma ética de discurso. Isto significa que o interesse racional no diálogo entre vítima e agressor deve considerar também aquilo que é universalizável no discurso comunitário, desdobrando-se assim em discurso ético. Daí que, no início deste trabalho, tenhamos abordado a posição originária sob o véu da ignorância de Rawls, por achar que essa posição faz legitimar os princípios de justiça fundamentais do sistema de justiça.

Vimos também que a situação ideal de fala é quando o Sistema e o Mundo da vida se cruzam para permitir que as pretensões de validade de um e do outro, neste caso sobre o conflito, sejam compreendidas sob o princípio da igualdade e liberdade de ambos, de modo a alcançar o consenso e o entendimento. A comunicação por uma ética de discurso, mais não é, do que uma espécie de consciência moral acerca dos princípios universalmente válidos, ou seja, a ponte entre o Mundo da Vida e a justificação de dever ser do sistema penal. De dever ser, não só pela atenção para com os direitos fundamentais universais de ambas as partes, como também para com as exigências de prevenção gerais e especiais, já para não falar na própria correção normativa das pretensões. É ainda, através da ética do discurso, que a ação comunicativa pode reestabelecer o diálogo quando o entendimento fica temporariamente perturbado. Assim, é possível chegar a um entendimento através do diálogo, mas convém que o interesse de cada parte deva também refletir sobre o interesse universalizável do sistema. Ou seja, que cada parte consiga colocar-se numa posição originária rawlsiana, que nesta sede é refletir sobre o interesse da comunidade sobre a existência de direitos, liberdades e garantias.

Em suma, os programas de JR inscrevem-se implicitamente em duas ações práticas habermasianas, a ação estratégica, que visa a eficácia, desde logo do próximo sistema penal, e o agir comunicacional, que procura a intercompreensão, ou seja, o consenso. Parece existir aqui um paradoxo. O agir comunicacional, enquanto meio para atingir o

consenso, designa a natureza dialógica do paradigma restaurativo. O consenso, quando existe, será um corolário lógico da eficácia do processo em si, mesmo que siga um interesse individual de ambas as partes. Assim, o consenso é resultado do processo e indissociável da eficácia, por conseguinte, a ação estratégica articula-se ao agir comunicacional. Em última instância pode-se afirmar, que o meio pelo qual a JR se desenvolve, é comunicacional e quando atinge consenso e acordo, diz-se eficaz, portanto, define-se também na ação estratégica. Contudo, não podemos descurar da importância que o agir comunicacional assume por si só, mesmo que não exista consenso ou entendimento de ambas as partes, pois a racionalidade comunicacional aproxima as partes da verdade, mesmo que essa verdade não permita o acordo. Isto significa que, mesmo que não seja eficaz do ponto de vista pragmático, pode servir de alavanca para o processo heurístico de ambas as partes e isso é a descoberta dos seus próprios Mundos da Vida. Ou seja, a Justiça Restaurativa pode ser encarada como um interesse comunicativo e ao mesmo tempo emancipatório, pois permite através da autorreflexão e do diálogo, nortear o sentido do consenso e consequentemente a existência do acordo ou não acordo face a uma situação de conflito penalmente relevante, mas nesse caminho, uma vez que linguagem e racionalidade são indissociáveis, influenciar o Sistema à adaptação os seus Mundos da Vida. É o próprio sistema penal a reconhecer indiretamente a natureza ou o caráter emancipatório da JR ao permitir a sua operacionalização na fase pós-sentencial, numa fase em que a estabilização da norma violada já foi satisfeita. O que nos faz questionar se a JR é uma forma de *psicologização* da própria evolução do direito penal, ou de uma justiça à parte.

Algumas questões para desenvolvimento futuro

Durante a elaboração deste trabalho, surgiram várias questões pertinentes e que fazem todo o sentido sere colocadas. Algumas foram parcialmente respondidas, outras ficaram suspensas.

Disse-se que Justiça Restaurativa também poderia servir para reparar o ofensor. Uma Justiça Restaurativa centrada numa reparação ampla pode desvalorizar e descentrar os interesses da vítima?

Sugeriu-se que a preparação de uma fase de pré-mediação orientada por uma ética de discurso poderia ser uma mais-valia para a mediação penal. Como seria a operacionalização de uma pré-mediação nesses termos e que tipo de conhecimento deveria ter o mediador para a operar? E já agora, como seria a própria operacionalização de uma racionalidade comunicativa na mediação penal propriamente dita?

Ficou claro neste trabalho, que uma justiça que devolve às partes a resolução do conflito apela por uma intersubjetividade mediada por uma linguagem inteligível e uma comunicação racionalmente orientada. Este tipo de justiça aproxima-se mais das noções de psicologia humana do que de direito. Pergunta-se então, até que ponto é que a psicologização inerente aos programas de Justiça Restaurativa é ou não já fruto de um processo de modernização humana natural para a afirmação de um novo tipo de justiça e, conseqüentemente, de direito.

Bibliografia

AA.VV, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de Monique Canto-Sperber, Paris, PUF, 1994.

AA.VV, *Logos encyclopedia luso-brasileira de filosofia*, vol. 2, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1990.

ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*, Volume X, Lisboa, Editorial Presença, 1970.

ADÉRITO TEIXEIRA, Carlos, *Princípio da Oportunidade: Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.

AGRA, Cândido, “A Epistême das ciências criminais – exercício empírico-teórico”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

AGRA, Cândido, CASTRO, Josefina, “Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista De Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005.

AMADO FERREIRA, Francisco, *Justiça Restaurativa, natureza, finalidade e instrumentos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

ALCÂNTARA, Melo, “John Rawls: uma noção de Justiça”, *Working Paper* nº 9, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, 2001.

ARCHIBALD, Bruce P., “La Justice restaurative: conditions et fondements d’une transformation démocratique en droit penal”, *Justice réparatrice et médiation pénale – convergences ou divergences?*, Paris, L’Harmattan, 2003.

ASHWORTH, Andrew, “Responsibilities, Rights and restorative justice”, in *The British Journal of Criminology*, 2002.

BRAITHWAITE, John, “Restorative Justice and a Better Future”, *A Restorative Justice Reader*, Devon, Ed. Gerry Johnstone: Willan Publishing, 2003.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine, “Filosofia política: poder e democracia”, *História da Filosofia*, sob a Direção de Jean-François Pradeau, Lisboa, D. Quixote, 2010.

CHOMSKY, Noam, *A Linguagem e a Mente em Novas Perspectivas Linguísticas*, Petrópolis, Editora Vozes, 1973.

ECHEVERRÍA, Javier, *Introdução à Metodologia da Ciência*, Coimbra, Almedina, 2003.

GOMBROWICZ, Witold, *Curso de Filosofia em seis horas e um quarto*, Lisboa, Toodolito, 2.º ed, 2012.

CRAIG, Edward, *Encyclopedia of Philosophy*, vol. 4, New York, Routledge, 1994.

GRAVRIELIDES, Theo, “Restorative Justice – The perplexing Concept: Conceptual fault-lines and power battles within the restorative justice movement”, *Criminology e Criminal Justice*, Sage publications, vol. 8, 2008.

GUERRA MARTINS, Ana Maria, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006.

COULON, Alain, *L’Ethno-méthodologie*, Paris, PUF, 1993.

CORDÓN, Juan Manuel, MARTÍNEZ, Tomás, *História da Filosofia. Dos pré-socráticos à Filosofia Contemporânea*, Lisboa, Edições 70, 2016.

CUSSON, Maurice, *Criminologia*, 2.º ed, Casa das Letras, Lisboa, 2002.

DUFAUX, Florence, “L’emploi des personnes incarcérées en prison: pénurie, flexibilité et précarité. Une normalisation?”, *Déviance et société*, vol.34, n.º 3, 2005.

FERREIRA PINTO, João Fernando, “O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, n.º1, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, COSTA ANDRADE, Manuel, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 2.º reimpressão, Coimbra Editoria, Coimbra, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito penal português, as consequências jurídicas do crime*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal parte geral – questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

JACCOUD, Mylène, “As Medidas Reparadoras”, *Tratado de Criminologia Empírica*, coord. Marc le Blanc/Marc Quimet/Denis Szado, Lisboa, Climepsi Editores, 2008, pp.163-186.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social e Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

HABERMAS, Jürgen, *Comentários à Ética do Discurso*, Pensamento e Filosofia, vol. 52, Lisboa, Instituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen, *Morale e Communication Conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1996.

HABERMAS, Jürgen, *Técnica e Ciência como “Ideologia”*, Lisboa, Edições 70, 2015.

HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la Ética del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, Colección y Procesos Serie Filosofía, 2000.

HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugenia Liberal?*, Coimbra, Almedina, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *Teoria da Racionalidade e Teoria da Linguagem*, Vol. II, Lisboa, Edições 70, 2009.

HUISMAN, Denis, *Dictionnaire des philosophes*, vol.1, Paris, PUF, 1984.

LAMAS LEITE, André, “Justiça prêt-à-porter? [alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento]”, *Revista do Ministério Público*, n.º 177, 2009.

LAMAS LEITE, André, “Mediação penal e finalidades do sancionamento – Esboço de uma Relatio”, *Ciências penais. Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, vol. 11, 2009.

LAMAS LEITE, André, *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

LAMAS LEITE, André, “Execução da Pena Privativa de Liberdade e Ressocialização em Portugal: Linha de um esboço”, *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, Ano 1, n.º 1, 2011.

LENO, Danner, “ Habermas e a ideia de continuidade reflexiva do projecto de Estado de bem-estar social”, *Análise Social*, XLIX, n.º 212, 2014.

MARSHALL, Tony, “Apud Restorative Justice Handbook”, Mcold, *The Tenth Unidet Nations Congress on The Prevention of Crime and Treatment of offenders*, Vienna, 10-17 April, 2000

MIGUENS, Sofia, “Identidade Pessoal e Posição Original Rawlsiana”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 59, 2003.

MIGUENS, Sofia, “Um Certo Desdém de Habermas Face a Derrida”, *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, vol. 39 (1-2), 1999.

MÖLLER, Josué, *A Justiça como equidade em John Rawls*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

MORAES ROCHA, João Luís, “Medidas alternativas à prisão e tratamento quase-coercivo – um novo paradigma”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. º4, Outubro-Dezembro, Coimbra Editora, 2009.

MORÃO, Helena, “Justiça Restaurativa e crimes patrimoniais na reforma penal de 2007”, *Estudos em homenagem ao prof, Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MORRIS, “Critiquing the critics, A Brief Response to Critics of Restorative Justice”, *Brit. J. Criminol.*, 42, 2002

MÜNSTER, Arno, *Le principe «discussion» Habermas ou le tournant langagier et communicationnel de la théorie critique*, Paris, Éditions Kimé, 1998.

NEUMAN, Elías, *Mediación Penal*, 2.ªed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005.

NEVES, Sofia, FÁVERO, Marisalva, “A Vitimologia e os seus percursos históricos, teóricos e epistemológicos” em *Vitimologia Ciência e activismo*, Almedina, Coimbra, 2001.

NESS, MORRIS e MAXWELL, “Introducing Restorative Justice”, *Restorative Justice for Juveniles, Conferencing, Mediation and Circles*, edited by Allison Morris e Gabrielle Maxwell, Oregon, Hart Publishing, 2001.

NEYS, Achiel, PETERS, Tony, “La peine considérée dans une perspective de réparation”, *Revue Internationale de Criminologie et de police technique*, vol. XLIX, n.º 1, 1996.

PELIKAN, Christa, “General principles of restaurative Justice”, *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no ordenamento jurídico português – Colóquio 29 de Junho de 2004*, Faculdade de Direito de Universidade do Porto, Coimbra, Almedina, 2005

PIERRE, Guiraud, “A Semiologia”, *Biblioteca das Ciências Humanas*, Editorial Presença, n.º 24, 1973.

PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota, “A propósito da decisão-quadro do conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, n.º 3, 2005.

PRUNOTTO, Adolfo P. em “Hacia la mediación penal resolución alternativa de conflictos en matéria penal”, *Ciencias Penales Contemporáneas – Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminologia*, Ano 2, n.º 4, 2002.

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*. Trad. de Vamireh Chacon, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

RICOEUR, Paul, *Teoria da Interpretação. O Discurso e o Excesso de Significação*, Lisboa, Edições 70, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2.ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

RORTY, Richard, *Consequências do Pragmatismo*, Pensamento e Filosofia, Vol. 42, Lisboa, Instituto Piaget, 1982.

SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adulto” em Portugal”, *Revista Portuguesa de ciências criminal*, Ano 16, n.º 1, 2006.

SANTOS, Cláudia, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, 1.ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

SEQUEIRA PARENTE, José, *O trabalho penitenciário enquanto factor de reinserção social*, Monografia, 2006.

SCHAFT A., *Langage et Connaissance*, Paris, Seuil, 1969.

SHERMAN, L. W., STRANG. H., *Restorative Justice: the evidence*, London, Smith Institute, 2007.

UMBREIT, COATES e VOS, Betty, “Restorative Justice Dialogue: A Multi-Dimensional, Evidence-Based Practice Theory”, *Contemporary Justice Review*, Vol. 10, nº 1, 2007.

UMBREIT, BETTY VOS, “Victim-offender Mediation: Tree Decades and Research”, *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 22, nº 1-2, Wiley Periodicals, Inc, 2004.

VAN NESS, Daniel W., “Prison and restorative justice” in GUERRY, Johnstone, VAN NESS, Daniel, *Handbook of restorative justice*, Portland, William Publishing, 2007, pp. 312- 323.

VARÃO DE AZEVEDO, Bernardo Montalvão, “Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro: à luz da teoria da acção comunicativa habermasiana” *Ciências penais. Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*, Vol.7, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIEGAS FERREIRA, Eduardo, “Prevenção criminal – teoria e praxis”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 1, 2008.

VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, Barcelona, Paidós, 2003.

WALGRAVE, Lode, “On Restoration and Punishment: Favourable Similarities and Fortunate Differences”, in NESS, MORRIS e MAXWELL, “Introducing Restorative Justice”, *Restorative Justice for Juveniles*, Conferencing, Mediation and Circles, edited by Allison Morris e Gabrielle Maxwell, Oregon, Hart Publishing, 2001.

WRIGHT, Martin, “ The court as last resort, Victim – Sensitive, Community – Based Responses to Crime”, *Brit. J. Criminol*, 2002.